Estudos em Filosofia do Direito - Volume II

ensaios em

Filosofia do Direito

Daniel Lena Marchiori Neto
Danilo dos Santos Almeida
organizadores

Editora da furg

ENSAIOS EM FILOSOFIA DO DIREITO

Editora da FURG
Campus Carreiros CEP 96203 900
Rio Grande, RS, Brasil
(53) 3293-5307
editora@furg.br
http://www.edgraf.furg.br/index.php/noticias

Editora da furg

Estudos em Filosofia do Direito - Volume II

ensaios em

Filosofia do Direito

Daniel Lena Marchiori Neto
Danilo dos Santos Almeida
organizadores

1ª edição
Rio Grande, 2017

Editora da furg

Coordenação Editorial
Daniel Lena Marchiori Neto (FURG)
Danilo dos Santos Almeida (ESUCRI)
Caroline Ferri (UERJ)
Letícia Garcia Ribeiro Dyniewicz (FAE)
Fernando Nagib Marcos Coelho (FCJ)

Capa, Projeto Gráfico e Editoração
Daniel Lena Marchiori Neto

Revisão
Daniel Lena Marchiori Neto
Danilo dos Santos Almeida

Impressão
Editora e Gráfica da FURG

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha Catalográfica elaborada pela bibliotecária
Denise Débora de Souza CRB-8 212092/P

M315e Marchiori Neto, Daniel Lena
Ensaios em Filosofia do Direito [livro eletrônico] / Daniel Lena Marchiori Neto. Danilo dos Santos Almeida (Orgs.) - Rio Grande, RS: Editora da Furg, 2017. (Estudos em Filosofia do Direito. V.2)

132p.: Epub.
Bibliografia
ISBN 978-85-7566-466-7

1. Filosofia do Direito 2. Filosofia Política
I. Marchiori Neto, Daniel Lena II. Almeida, Danilo dos Santos

CDD 340.1

Associação Brasileira
das Editoras Universitárias

Sumário

Apresentação

Com muita satisfação, damos continuidade à série *Estudos em Filosofia do Direito*. Este segundo volume, *Ensaios em Filosofia do Direito*, reúne cinco trabalhos originais e inéditos que transitam entre a Teoria do Direito e a Filosofia Política. A proposta deste volume é, revisitando autores clássicos e se engajando em debates teóricos contemporâneos, propor perspectivas inovadoras para problemas jurídicos e políticos prementes.

Os artigos que compõem esta obra são produto da pesquisa de investigadores jovens e que compartilham a intenção de propor contribuições originais em seus campos de atuação. Por isso, ainda que não compartilhem interesses temáticos e se refiram a uma literatura tão variada, há entre os autores um interesse comum em contribuir para os debates nacionais com as discussões mais atualizadas internacionalmente.

O primeiro trabalho intitula-se *A natureza (convencional) da regra de reconhecimento última*, de autoria de Andre Martins Bogossian, Mestre em Direito pela Harvard Law School e pela PUC-Rio. O texto é uma análise da obra de H.L.A. Hart que, embora seja considerado um dos grandes nomes da teoria do direito do século passado, tem sido ainda muito superficialmente estudado no Brasil.

Bogossian propõe uma análise minuciosa sobre a construção teórica do conceito de *regra de reconhecimento*, talvez a principal contribuição Hart à teoria jurídica. Não é seu objetivo, por outro lado, empreender um estudo meramente filológico da obra hartiana, mas sim repensar analiticamente os problemas propostos

por Hart, tornando mais frutífera suas contribuições. São duas as questões conceituais tratadas no seu estudo.

A primeira diz respeito à divergência sobre a existência de uma ou mais *regras de reconhecimento* e seus respectivos critérios de validade em um mesmo ordenamento jurídico. Para Bogossian, é plenamente possível reconciliar as posições de unidade e pluralidade da regra de reconhecimento. Outra questão de vital importância é a *natureza* da regra de reconhecimento e sua ambiguidade *normativa* e *social*. Após apresentar as diversas formas pelas quais a doutrina de tradição hartiana procurou tratar da ontologia de tal regra, ele defende uma interpretação *convencionalista* da regra de reconhecimento.

Na sequência, Danilo dos Santos Almeida, professor da Escola Superior de Criciúma (ESUCRI), assina o artigo *A fundamentação de decisões judiciais colegiadas e o problema de sua demarcação*. O trabalha enseja uma provocativa discussão acerca da dificuldade de identificar os precedentes de uma corte. Para tanto, é oferecida uma concepção de decisão judicial colegiada como ação de um grupo, resultante de uma intenção coletiva baseada em razões. Nesse prisma, a *ratio decidendi* de uma decisão colegiada é vista como a justificação pública da ação de um ente coletivo.

A tese de Almeida é que cortes são agentes, com capacidade de formar intenções e agir em conformidade com elas, e que algumas expressam melhor que outras suas razões para agir. Ele propõe que, quando as cortes não expõem de forma clara seus procedimentos decisórios, os cidadãos que leem suas decisões não têm critérios claros para distinguir quais são as posições individuais dos ministros e quais são as posições oficiais da instituição. O autor sustenta que esse problema, denominado de problema da demarcação, gera implicações momentosas para a prática do respeito aos precedentes judiciais.

O terceiro trabalho intitula-se *A dignidade humana em Dworkin e sua influência para os problemas de biodireito*, escrito por Thaís Cristina Alves Costa, egressa do curso de Mestrado em Filosofia da Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Tomando como ponto de partida o livro *Domínio da Vida*, a autora investiga a coerência do argumento de Dworkin a respeito da dignidade humana e

o modo como ele se posiciona acerca de temas como a eutanásia e o aborto. Costa observa que a teoria dworkiana do *direito como integridade* é pautada no valor intrínseco do ser humano, considerando-o um fim em si mesmo. Desta forma, a dignidade pode sustentar argumentos tanto favoráveis quanto contrários a questões sensíveis de bioética.

O próximo trabalho intitula-se *Os cosmopolitismos e o desafio da justiça global*, de autoria de Julia Sichieri Moura. Trata-se de uma revisão de discussão apresentada em sua tese de doutoramento defendida no curso de Filosofia da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). A autora analisa o conceito de *cosmopolitismo* e a forma como assume em discussões contemporâneas sobre teorias de justiça, através de uma constante mediação entre a esfera doméstica e a internacional.

O texto é concebido de maneira interdisciplinar, transitando entre a filosofia do direito, a filosofia política e a teoria das relações internacionais. Suas reflexões ajudam de maneira ímpar a oferecer subsídios teóricos para lidar com problemas sensíveis da contemporaneidade, como a codependência dos mercados globais e os fluxos migratórios.

Last but not least, Daniel Lena Marchiori Neto, professor da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), é autor do trabalho *Michael Oakeshott e a crítica ao racionalismo em política: uma análise da influência de Michael Polanyi*. Michael Oakeshott é considerado um dos maiores nomes do pensamento conservador do século passado, embora sua obra ainda seja bastante desconhecida no meio acadêmico brasileiro e latino-americano.

Um dos temas políticos mais constantes na obra de Oakeshott é a chamada crítica ao *racionalismo na política*. Esta crítica dirige-se à forma como a linguagem política tem sido empregada, especialmente nos dois últimos séculos, como uma espécie de atividade técnica, onde as respostas aos problemas contingentes podem ser tranquilamente abstraídas de forma *a priori*. Um dos traços marcantes do *racionalismo* é a percepção de que todo conhecimento *tradicional* não é apenas inválido, mas também é pernicioso.

Em oposição, Oakeshott erige uma sofistica teoria do conhecimento, mostrando que a *política*, enquanto uma atividade per-

tencente ao mundo das ideias *práticas*, sempre envolve a relação entre a *técnica* e a *prática*. Buscando investigar as principais influências de Oakeshott sobre este ponto, Marchiori Neto investiga de que maneira a noção de *regras de arte* do filósofo húngaro Michael Polanyi impactou em sua obra.

Por fim, gostaríamos de agradecer fortemente aos autores, à Editora da FURG e à Coordenação do Curso de Relações Internacionais pelo apoio e confiança depositados nesta iniciativa. Desejamos a todos uma ótima leitura!

Satolep, fevereiro de 2017.

Daniel Lena Marchiori Neto
Danilo dos Santos Almeida

A natureza (convencional) da regra de reconhecimento última

Andre Martins Bogossian[1]

A teoria desenvolvida por H.L.A. Hart na sua obra *O Conceito de Direito* (inicialmente publicada em 1961, com um pós-escrito lançado *post mortem* em 1994) é, sem dúvidas, um marco para o positivismo jurídico. Apesar de injustamente não receber o devido crédito no Brasil, Hart é comumente celebrado como um dos mais influentes pensadores e detentor de uma das mais sofisticadas teorias nesse ramo do saber jurídico, tendo sido o responsável pelo renascimento da filosofia e teoria do direito na Inglaterra no meio do século XX (HACKER, 1977). Hart *carregou a tocha* da grande tradição positivista (GARDNER, 2013) fazendo a transição das teorias clássicas de Bentham e Austin para o positivismo contemporâneo. Não é à toa que o maior e mais famoso dos críticos ao positivismo jurídico, Ronald Dworkin (2002), explicitamente dirigiu seus ataques à obra de Hart, reconhecendo sua importância e complexidade: "desejo examinar a solidez do positivismo jurídico, especialmente na forma poderosa que lhe foi dada pelo Professor H. L. A. Hart. Resolvi concentrar-me na sua

1 Master of Laws (LL.M.) pela Harvard Law School. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Visiting Research Fellow na Brown University. Advogado. E-mail: andrembogossian@gmail.com.

posição não apenas devido a sua clareza e elegância, mas porque neste caso, como em quase todas as outras áreas da filosofia do direito, o pensamento que visa construir deve começar com um exame das concepções de Hart" (DWORKIN, 2002, p. 27).

Dentre as propostas de Hart, a construção teórica da regra de reconhecimento é, sem dúvida, uma das mais importantes e duradouras, sendo uma de suas maiores contribuições à teoria do direito (KRAMER, 2004), e talvez nenhuma outra ideia seja tão associada com o positivismo hartiano (MARMOR, 2011).

Aqui também o trabalho será iniciado com um exame conceitual das propostas de Hart, não para destruí-las, mas, ao contrário, para aprofundar a investigação a respeito de dois dos mais controvertidos pontos do seu legado teórico: a existência de uma ou mais regras últimas de reconhecimento e sua natureza.

Uma ressalva antes de prosseguir: tomar Hart como base para uma construção só tem sentido, obviamente, para quem considera – como é o caso – que sua obra segue constituindo o melhor ponto de partida disponível na atualidade para a Teoria do Direito. Mas tomar Hart como ponto de partida deve ser um exercício consciente também da "necessidade de eliminar de sua teoria certas inconsistências, de melhor esboçar certos desenvolvimentos e de retificar algumas teses" (PÁRAMO ARGUELHES, 1988, p. 343) [2]. Não se pretende, pois, proceder a uma fiel exposição de Hart, mas "reconstruir o aporte hartiano da forma que resulte teoricamente mais frutífera" (MANERO, 1990, p. 12). Assim, se não é o objetivo deste trabalho uma crítica destrutiva do positivismo em versão hartiana, também não se pretende aqui elaborar uma mera exegese do que de fato disse ou quis dizer Hart, ou até mesmo utilizá-lo como argumento de autoridade em defesa das posições apresentadas; o estudo ora desenvolvido propõe-se a, partindo das sólidas fundações do positivismo hartiano[3], mapear o debate que se desenvolveu a respeito desses pontos conceituais.

2 Até mesmo pelo simples fato, admitido por Hart em entrevista, de que seria ele um escritor "algo descuidado", que formulou com frequência seus pontos de vista "de um modo inadequadamente ambíguo ou demasiadamente impreciso", e cuja exposição de alguns problemas parece "não somente confusa, senão incompleta ou inconsistente" (PÁRAMO ARGUELHES, 1988, p. 343).

3 Como indica Peter Hacker (1977), o trabalho de Hart deve ser visto mais pelo seu pioneirismo do que como um estudo conclusivo, ainda mais considerando as reconhecidas fragilidades (que obviamente não minam o produto final) de sua obra.

O direito como união de regras primárias e secundárias

Entretanto, antes de iniciar a investigação dos aspetos conceituas da regra de reconhecimento, é necessária uma breve introdução que, em linhas gerais, permita a compreensão do pano de fundo teórico no qual se insere tal regra; ou seja, uma breve exposição de como Hart chega à concepção da regra de reconhecimento.

Para tanto, é necessário buscar na sua mais famosa obra, *O Conceito de Direito*, as fundações da teoria hartiana do direito. Hart (2009) parte de uma crítica à teoria imperativa de Austin (que trata o direito como um conjunto formado apenas por comandos – regras primárias criadoras de deveres e obrigações), demonstrando sua incapacidade para explicar com precisão o fenômeno jurídico, para então propor a compreensão do "direito como união de normas primárias e secundárias" (2009, p. 103), capaz de responder à incapacidade, por ele identificada na teoria austiniana, de explicar certos fenômenos com precisão.

Para destacar a importância das regras secundárias, Hart (2009) recorre a um experimento de pensamento[4] envolvendo uma hipotética comunidade *primitiva*, simples, que se organiza somente em torno de regras primárias e posteriormente evolui para uma estrutura mais complexa, e na qual identifica três problemas. O primeiro chama de *problema da incerteza*, que advém da dificuldade de identificar quais as regras que pertencem à comunidade ou qual o âmbito de sua aplicação; o segundo, relativo à rigidez de um conjunto de regras somente primárias, Hart

4 Como muitas formulações tradicionais da teoria política que procuram dar conta da transição de um hipotético estado de natureza para o estado civil, tal experimento mental é melhor compreendido como uma representação do que as sociedades perderiam hoje abandonando as práticas que caracterizam um sistema jurídico desenvolvido do que como uma representação do que faltava aos sistemas jurídicos de comunidades históricas passadas (WALDRON, 1999; MACCORMICK, 2008). Não deve, portanto, ser entendido como a generalização de um estudo antropológico, mas sim uma análise conceitual (HACKER, 1977); como temática e esquemática, não histórica (MACCORMICK, 2008), uma pauta explicativa para compreender de uma forma mais plausível as funções das regras nos ordenamentos jurídicos desenvolvidos. Ele não se importa – e não tem razão para tanto – se é deste modo que os sistemas jurídicos surgem ou se ao menos um sistema assim se desenvolveu (GARDNER, 2013, p. 82). Como o próprio Hart afirma, poucas sociedades que existiram careceram completamente de ordens legislativas e jurisdicionais e de sanções centralmente organizadas, pois, em geral, as sociedades pressupõem a existência de certos mecanismos de controle social (PÁRAMO ARGÜELLES, 1984, p.217).

chama *problema do caráter estático* das regras, eis que inexistiriam formas institucionais de criar novas regras e de fazer outras deixarem de existir, o que dificultaria a adaptação do conjunto de regras às novas circunstâncias. Finalmente, o terceiro, relativo ao caráter de eficácia, é denominado *problema da ineficiência*: o proto-direito em questão não apresentaria formas adequadas de lidar com conflitos de interesses baseados na interpretação e aplicação das próprias regras primárias, pois não há regras institucionalizando a solução de conflitos.

Para esses três problemas, Hart apresenta soluções na forma de regras secundárias, que, apesar de também fazerem parte do gênero regras, formam uma *espécie* diferente, pois *versam sobre as regras primárias*, especificando como estas podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas e alteradas, bem como se deve determinar a sua violação. A introdução das três regras secundárias teria o efeito de operar a transição do sistema pré-jurídico para o mundo do direito: “certamente, combinados, os três recursos bastam para converter o regime de normas primárias em algo que é indiscutivelmente um sistema jurídico” (HART, 2009, p. 121-122)[5].

Assim, Hart introduz como solução para os citados problemas, respectivamente, as figuras das regras (normas) de *reconhecimento*, *alteração* (*modificação*) e *adjudicação* (*julgamento*).

A regra de reconhecimento “especifica as características que se estiverem presentes numa determinada norma serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo” (HART, 2009, p. 122). Por sua vez, a regra de alteração indica os sujeitos que podem e o modo de introduzir novas normas no ordenamento e revogar ou alterar as vigentes. Por fim, a regra de adjudicação identifica os indivíduos e procedimentos necessários para definição da violação de uma norma primária.

Assim, ganham forma as práticas institucionalizadas mais trivialmente reconhecidas com o direito, como as de produção, interpretação e aplicação desse material normativo primário, ocor-

5 Na verdade, Hart define duas condições essenciais para se considerar um sistema jurídico desenvolvido: a união de regras primárias e secundárias e um conjunto de instituições para criar, interpretar e aplicar tais regras (GALLIGAN, 2007). Como será visto, essas instituições são criadas e disciplinadas pelas regras secundárias, o que evidencia ainda mais a fundamentalidade de tais normas para os sistemas desenvolvidos.

rendo também a institucionalização e especialização das funções relativas a essas práticas e o reforço de certas figuras que serão recorrentes no presente estudo, como do juiz e dos *officials*[6]. É nesse cenário que as atenções agora se voltam para a peça mais importante dos ordenamentos jurídicos, a regra de reconhecimento.

Para saber se determinado ato ou norma faz parte do ordenamento, pode-se recorrer a um raciocínio em cadeia, conferindo a cada etapa a validade da norma que lhe dá fundamento de acordo com os critérios determinados pela regra de reconhecimento. Deste modo, de um ato administrativo até a Constituição Federal[7] é possível erigir um encadeamento de relações de validade fundadas em critérios de fonte que, na imensa maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, termina nas Constituições.

Surge, entretanto, um problema: o que torna válida uma Constituição[8]? O que faz uma constituição ser constitucional? O fato de que tais perguntas não são feitas no quotidiano dos operadores do material jurídico primário não quer dizer que não sejam indagações relevantes ou que possam ser evitadas. Como indicam Atienza e Manero (1998), a importância destas questões fica aparente quando os operadores do direito têm que tratar da obrigatoriedade das normas contidas na fonte suprema, ou seja, lidar com a questão aparentemente básica e fundamental da aplicação das normas constitucionais. Para o Direito Constitucional – mais especificamente para a Teoria da Constituição – a questão é respondida (segundo uma tradicional maioria) adotando-se a concepção de que é o fato de a Constituição ser manifestação do Poder Constituinte Originário, dotado de soberania (popular), que a torna norma suprema.

Insistir na supremacia da Constituição olhando apenas para

---

6 O termo em língua inglesa *officials* será aqui traduzido como *autoridades*, *autoridades públicas* ou *agentes públicos*.

7 O exemplo é semelhante aos apresentados por Hart (2009), Schauer (1995) e Green (1999).

8 A referência ao termo *Constituição* abrange não somente as constituições escritas e sistematizadas em um único documento, mas também constituições não escritas, derivadas de normas costumeiras, ou de um conjunto de documentos escritos. Constituições são os conjuntos de normas que fundamentalmente explicitam o “modo como o poder político é organizado e dividido” (GARDNER, 2011, p.169), ainda que contenham outras normas que não tratem apenas destas questões institucionais.

ela própria só permite duas interpretações: (a) a Constituição é válida e obrigatória porque ela mesma diz que é; ou (b) a Constituição é válida e obrigatória, pois haveria outra norma dentro do ordenamento – uma lei ordinária, por exemplo – que a tornaria válida e obrigatória. Em (a) há claramente uma petição de princípio, pois pressupõe aquilo que pretende provar; em (b), se a norma pertence ao ordenamento, ela há de ser válida segundo os requisitos da Constituição, retirando dela seu fundamento de validade e não conferindo a ela fundamentação, como é necessário para resolver o dilema (ATIENZA, MANERO, 1998; STRUCHINER, 2005).

Para fugir da circularidade e do regresso ao infinito (SHAPIRO, 2001) ou de uma simples imposição não fundamentada de uma resposta (*a Constituição é válida porque ela é*), deve-se acompanhar a resposta de Schauer (1995): nada em uma constituição pode fazer dela constitucional ou inconstitucional. Constituições estabelecem os critérios de constitucionalidade e inconstitucionalidade, e assim não podem simplesmente ser consideradas elas próprias constitucionais ou inconstitucionais. O erro de muitos constitucionalistas, portanto, seria pensar que alguma coisa *nas* constituições permite tal juízo, caindo em um paradoxo de autorreferência.

Não se pode manter essa regressão normativa ao infinito, muito menos uma circularidade viciosa, na qual conjuntos finitos de regras putativamente autorizam uns aos outros. Assim, a solução para a validade das constituições não pode estar *dentro* dela, no próprio plano da normatividade constitucional, nem *em alguma abstração teórica*[9], mas *fora delas*[10], em uma *regra de reconhecimento última* (*ultimate rule of recognition*) (HART, 2009). A partir daqui, portanto, o termo *regra de reconhecimento* será utilizado

9 Hart rechaça as propostas apresentadas por Hans Kelsen, cujo debate não se encontra no escopo do presente trabalho. O que importa é que a solução da norma fundamental kelseniana não é adotada no marco teórico hartiano. Ver os artigos *Kelsen Visitado* e *A doutrina kelseniana da unidade do direito* em HART, 2010.

10 Tanto a norma fundamental quanto a regra de reconhecimento têm como principal função estabelecer os critérios de validade do resto das normas do ordenamento jurídico: no entanto, o primeiro conceito é um postulado, do qual se pressupõe a validade, enquanto que a existência do segundo é uma questão empírica de fato, o que leva Páramo Argüelles (1984) a afirmar que a posição de Hart é intermediária entre Kelsen e o realista jurídico Ross.

para fazer referência a esta regra-mestra, última. É ela que dá fundamento de validade para todo o sistema, distinta das demais *regras de reconhecimento não-últimas*, *derivadas*, que estabelecem critérios de validade que não são últimos, e que serão aqui especificadas quando a elas se fizer referência neste estudo.

É a *postura* – a prática social relevante de reconhecimento da Constituição como tal – adotada pela sociedade frente à Constituição que a torna suprema *dentro* do ordenamento jurídico. Mas, estando dentro do sistema, não pode estar acima da regra social que o fundamenta. Ao contrário das posições clássicas da Teoria Constitucional (e de Bentham e Austin), que afirmam ser o soberano quem faz as regras, para Hart são as regras que fazem o soberano (SHAPIRO, 2009).

E se o fundamento de validade da Constituição (e, consequentemente, de todo o ordenamento) está na regra última de reconhecimento, onde está o fundamento de validade e autoridade desta? Nas palavras de Jules Coleman:

> Só existem três possibilidades. Primeiro, a autoridade da regra de reconhecimento pode ser ela própria uma questão da sua validade sob uma outra regra. Essa não é uma solução satisfatória já que torna a última regra mencionada a verdadeira regra de reconhecimento. Em vez de responder a questão, ela simplesmente a adia para um outro momento. Alternativamente, a autoridade da regra de reconhecimento pode depender da sua moralidade; isto é, a regra de reconhecimento é em última instância uma regra normativa cuja autoridade depende de sua verdade enquanto um princípio em alguma moralidade crítica defensável. Essa solução não funciona para o positivista pelo simples motivo de que reduz o positivismo a uma forma de direito natural. Finalmente, a autoridade da regra de reconhecimento pode consistir no fato de ser uma regra social, constituída pela prática social dos agentes relevantes, uma regra que eles aceitam do ponto de vista interno (COLEMAN, 1991 p. 705).

Trata-se, portanto, de explicar a validade do direito *sem apelar para a própria validade do direito* (GREEN, 1999). Historicamente, os positivistas explicam essa autoridade não em termos de uma moralidade substantiva (como o jusnaturalismo), mas fazendo referência a certos *fatos sociais* (COLEMAN, 2001), nos quais está

calcada a noção de regra de reconhecimento última. Para Shapiro (2009), porque a regra de reconhecimento é uma regra social, ela é capaz de ser uma regra última, no sentido de que ela não existe em virtude de qualquer outra regra, mas sua existência depende unicamente de sua aceitação e sua prática. As regras primárias do ordenamento jurídico, em contraste, somente existem em virtude da (sua relação com a) regra de reconhecimento, que valida as demais normas, mas não é ela mesma validada por qualquer norma jurídica.

Pluralidade ou unidade da regra de reconhecimento?

Uma primeira questão que divide a doutrina se refere à existência de uma ou mais regras de reconhecimento. E aqui a divergência somente diz respeito, por óbvio, à regra de reconhecimento última: não há dúvidas a respeito da existência de uma pluralidade de normas de reconhecimento em níveis inferiores, existentes em todos os sistemas jurídicos, como as que identificam um guarda de trânsito como emissor de sinais visuais e sonoros vinculantes nas vias públicas (GARDNER, 2011). Ademais, como visto no tópico anterior, a existência das próprias Constituições na maioria dos ordenamentos jurídicos modernos como critérios de validade jurídica (e a relação de inconstitucionalidade nada mais seria que a inadequação a estes critérios estabelecidos nos documentos constitucionais) torna clara a existência de regras intermediárias, derivadas ou mediatas de reconhecimento.

A posição defendida originalmente por Hart aponta para a existência necessária de uma (complexa) regra de reconhecimento para cada ordenamento jurídico. Sendo a regra de reconhecimento, como visto anteriormente, condição necessária, porém insuficiente, para a existência de um ordenamento, a posição original de Hart afirmava que todo sistema jurídico possui uma e apenas uma regra de reconhecimento, e que um conjunto de regras que não inclua uma regra de reconhecimento não é propriamente um sistema jurídico (RAZ, 1979).

Que a regra de reconhecimento seja *uma* não implica que estabeleça um único critério de validade jurídica. Ela tem um caráter complexo, isto é, faz referência a diversos critérios últimos

de validade jurídica (MANERO, 1990; LAMOND, 2014). Nas palavras do próprio Hart, em obra posterior a *O Conceito de Direito*:

> Insisti que a regra de reconhecimento era tanto complexa quanto de textura aberta. Complexa porque nos sistemas jurídicos modernos não apenas um critério, mas vários critérios de validade jurídica são utilizados. Assim, mesmo em um sistema "unitário" como o inglês, o direito é identificado tanto com base no precedente judicial, como nas promulgações do Parlamento (...) A razão para falar de "*uma* regra", a essa altura, é que, não obstante sua multiplicidade, esses critérios distintos são unificados por sua ordenação hierárquica (HART, 2010, p. 405).

Assim, de acordo com Hart, somente seria possível conceber a coexistência de tais critérios contidos na regra última caso haja uma ordem de precedência. Caso contrário, seria possível a existência de conflitos entre as várias regras últimas e equiparadas, e que não se resolveria em termos de validade jurídica. Esse conflito de regras última representaria um ponto que poderia ser explorado (como de fato ocorreu) por seus críticos.

Hart não nega a possibilidade de conflitos entre normas válidas de acordo com os critérios da regra de reconhecimento. O que ele nega é a possibilidade de existência de conflitos insolúveis entre os critérios últimos de reconhecimento, o que levaria à afirmação não de *um* ordenamento, mas de diferentes ordenamentos em uma mesma localidade (ATIENZA, MANERO, 1998). Se existirem duas ou mais regras últimas em disputa, que gerem na comunidade reconhecedora relevante uma divisão geral na identificação do direito válido, aí não se estaria mais falando de um ordenamento, mas de dois sistemas competindo entre si (MANERO, 1990).

Assim, Hart apela para uma ordenação dos critérios de validade e, portanto, para uma única regra provendo tal ranking (GARDNER, 2011). Com a ordenação de critérios, Hart se resguardaria do problema de explicar como seria possível a unidade ou até mesmo a existência de um direito fundado em uma prática convergente (como será visto adiante) se a convergência fosse minada ou meramente minável por conflitos entre os critérios mais fundamentais de reconhecimento.

Seria ainda possível, em tese, em sistemas não muito desenvolvidos, que a regra de reconhecimento seja lacunosa ao identificar a ordem hierárquica dos critérios, sem que isso signifique a existência de mais de uma regra (MANERO, 1990); também o próprio Hart (2010) admite que a regra tenha, como todas as demais, uma zona de penumbra por indeterminação ou textura aberta, sem que isso destrua a identidade do sistema (HART, 2009).

O escalonamento proposto por Hart, por sua vez, leva à existência de critérios superiores a todos os demais, chegando aos critérios chamados por Hart de supremos (*supreme criteria*):

> Podemos afirmar que um critério de validade jurídica ou fonte do direito é supremo se as normas identificadas mediante referência a ele são ainda reconhecidas como normas do sistema mesmo que conflitem com outras normas identificadas mediante referência a outros critérios; enquanto estas últimas não são reconhecidas caso conflitem com as primeiras, identificadas mediante referência ao critério supremo (HART, 2009, p. 136-137).

Note-se que o critério supremo e a regra de reconhecimento não se confundem necessariamente. Em alguns casos, como no Reino Unido, parecem convergir: a regra de reconhecimento aponta como critério de validade para o que emana do Parlamento soberano, indicando que a atuação de um legislativo ilimitado constituiria o critério supremo de validade (HART, 2009). No direito norte-americano, por sua vez, a muito mais complexa regra de reconhecimento coloca o direito federal acima do estadual, o direito federal constitucional acima do direito federal infraconstitucional, e as emendas constitucionais elaboradas de acordo com o Artigo V em posição superior ao texto constitucional anterior[11]; neste ordenamento, os critérios de validade impostos pelo Artigo V corresponderiam ao critério supremo hartiano (SHAPIRO, 2009).

No outro polo deste embate encontra-se a posição da plurali-

11 Há diferenças no tratamento dispensado às emendas constitucionais no direito norte-americano e brasileiro, visto que no primeiro não há que se falar em inconstitucionalidade material de novas provisões constitucionais que tenham sido devidamente formuladas (de acordo com o citado Artigo V). No Brasil, como se sabe, há limites formais e materiais ao constituinte reformador. O critério supremo da regra de reconhecimento do direito brasileiro é questão abordada em outra oportunidade (ver BOGOSSIAN, 2015).

dade das regras de reconhecimento. Não seriam apenas muitos os critérios, mas muitas as próprias regras. Gardner (2011) afirma que, excetuando-se os sistemas jurídicos mais rudimentares, todos os ordenamentos possuem muitas regras de reconhecimento, e os inevitáveis conflitos entre elas – o ponto sensível da tese da pluralidade – ocorreriam apenas em raras ocasiões, com implicações apenas nos níveis inferiores do sistema, sem afetar a sua unidade ou existência.

A tese da pluralidade de regras de reconhecimento é só aparentemente uma tese hegemônica, pois nem sempre seus defensores parecem querer dizer a mesma coisa. É possível decompor basicamente em três as teses da pluralidade.

Uma primeira versão, defendida por P. M. S. Hacker (1977), afirma a possibilidade de regras diferentes dirigidas a órgãos diferentes: certos *officials* aplicariam determinados critérios de validade (como, por exemplo, tribunais estaduais aplicando a legislação estadual) enquanto outros *officials* aplicariam outros critérios (como a atuação de uma Corte Constitucional). Na verdade, esta tese em muito se aproxima de regras de reconhecimento derivadas (não últimas), de modo que esta primeira versão, de acordo com Manero (1990), não conflitaria em nada com a tese da unicidade da regra última complexa defendida por Hart.

Uma segunda proposta afirmaria a possibilidade de regras últimas não incompatíveis entre si, ou seja, ordenadas e hierarquizadas. Nas palavras de Raz (1979, p. 95): “pode haver duas ou mais regras de reconhecimento que provêm métodos de resolução de conflitos; por exemplo, a regra impondo a obrigação de aplicar certos costumes pode indicar que ela é suprema, enquanto que a regra relativa à aplicação dos precedentes pode indicar que estes são subordinados”.

O problema desta versão é que ela parece ser não somente compatível com a tese da unidade, mas praticamente redundante, tendo o mesmo conteúdo significativo que falar, como Hart, de uma única regra última que contêm diversos critérios hierarquizados (MANERO, 1990). Afirmar a existência de duas ou mais regras de reconhecimento, cada uma delas indicando de maneira mutuamente consistente a hierarquia relativa de seus critérios é o mesmo – apenas dito de outra forma – que falar em uma única

regra com dois ou mais critérios organizados hierarquicamente (ATIENZA, MANERO, 1998).

Por fim, há a tese defendendo a possibilidade de uma pluralidade de regras últimas incompatíveis entre si: há de se distinguir a antinomia entre os *critérios últimos de validade* (incompatível com a tese de Hart) da antinomia *entre as normas identificadas mediante os critérios materiais e formais* – esta compatível com a versão hartiana (MANERO, 1990). Meras incompatibilidades entre as normas identificadas por meio dos critérios de validade são absolutamente comuns e resolvidas dentro mesmo do sistema mediante o processo interpretativo e aplicativo das normas (normalmente com o auxílio de critérios também identificados direta ou indiretamente pela regra última, como os chamados cânones interpretativos). Somente uma incompatibilidade entre os próprios critérios de validade seria insustentável a partir da tese da unidade. O problema para o defensor da tese da unidade se daria nos casos de radical e profunda divergência na aplicação dos critérios mesmos de validade, solúvel apenas caso se reconhecesse que aí não mais existiria apenas um ordenamento, mas dois ou mais sistemas jurídicos, cada um com sua regra de reconhecimento – una, última e distinta – competindo para ser o ordenamento vigente em determinado local.

É possível, portanto, falar em regras de reconhecimento de modo compatível com a tese da unidade da regra última de reconhecimento sem cair na redundância de reformular a tese da unidade com o mesmo conteúdo significativo e sem falar em uma regra última somada a várias regras de reconhecimento não últimas, que representam apenas critérios derivados de validade (MANERO, 1990). Para tanto, deve-se reafirmar o caráter complexo próprio da regra última de reconhecimento, admitindo-se que contenha vários critérios de identificação do direito sem que isso signifique que haja um único critério último do qual derivem os demais - como o exemplo do direito inglês, em que costume e precedente estão subordinados à legislação, mas dela não derivam seu status de direito (MANERO, 1990).

Em resumo do que foi exposto nesta seção: para além da tese da unidade da regra de reconhecimento (que para todos os fins é aqui adotada), há diferentes versões advogando a pluralidade

de regras de reconhecimento: (a) pluralidade de regras de reconhecimento derivadas (não últimas); (b) pluralidade de regras últimas hierarquizadas entre si; (c) pluralidade de regras últimas de reconhecimento que estipulem de forma antinômica distintos critérios de validade. Como indicado, só seria incompatível com a proposta de Hart uma versão forte da tese (c), de modo que as antinomias afetariam aos critérios centrais de validade jurídica – e que, nesses casos, não se poderia falar de um mesmo sistema jurídico, mas casos patológicos em que diferentes sistemas competem para ser o sistema jurídico do Estado (MANERO, 1990).

A natureza da regra de reconhecimento

Talvez a questão mais debatida e com o maior número de propostas, a ontologia da regra de reconhecimento, será abordada aqui de um modo que – ao menos se pretende – seja simples e claro. Não serão avaliados pormenores metafísicos, em investigações detalhadas a respeito de cada uma das muitas propostas de compreensão da natureza da regra de reconhecimento.

A investigação abordará questões que parecem simples ou sedimentadas na tradição positivista hartiana, mas que podem se revelar interessantes: seria a regra de reconhecimento realmente uma regra? Em que sentido de regra? Quais as práticas sociais – qual a natureza de tais práticas – que determinam a regra de reconhecimento?

Hart caracteriza as regras jurídicas como um caso especial de regras sociais que *derivam sua existência* de práticas sociais (PÁRAMO ARGÜELLES, 1984). A regra de reconhecimento não seria diferente e se fundaria em uma prática social de aceitação de determinados critérios de validade jurídica por certas pessoas (o grupo reconhecedor relevante), possuindo, portanto, uma natureza dupla: (a) *normativa*, que fundamenta o conceito de validade ao servir como referência fundamental dos enunciados jurídicos internos dos sujeitos que a utilizam para reconhecer o direito; (b) *fática*, que fundamenta o conceito de eficácia, ao ser um conceito unido inexoravelmente à prática jurídica, um fato observável do ponto de vista externo (PÁRAMO ARGÜELLES, 1984). Para Shapiro (2009), a regra de reconhecimento é *social* em dois sentidos:

primeiro, ela existe e tem seu conteúdo devido exclusivamente a certos fatos sociais, que certos membros de um grupo adotam o ponto de vista interno em relação ao padrão de condutas e o utilizam para avaliar a validade de normas; em segundo lugar, ela é social, pois ela define o padrão para o grupo. Membros não aceitam a regra apenas para si, mas tratam o padrão imposto pela regra como o modo adequado de identificação do direito naquela sociedade. Sua existência, pois, é assegurada por conta da sua aceitação e prática.

Mas a regra de fato é *regra* ou ela se confunde com a *prática* que lhe é subjacente?

Por um lado, Schauer (1995, 1998) defende que seria ligeiramente enganador pensar em uma *regra* de reconhecimento, pois não há nada na prática de reconhecimento do direito que requeira que o método de reconhecimento seja a aplicação de algo que lembre uma regra escrita em um ato normativo comum aos sistemas jurídicos desenvolvidos. Seria, pois, mais adequado conceituar a dimensão reconhecedora do direito como contendo um conjunto de *práticas* que distinguem o direito do não direito. Para Galligan (2007), a regra de reconhecimento seria uma *metáfora* para a aceitação do sistema jurídico, como um conjunto de práticas sociais sobre o que conta como direito em certa sociedade.

Entretanto, para Coleman[12] (2001), Shapiro (2011) e Arena (2014), regras e práticas pertenceriam a categorias metafísicas distintas e seria um erro de categoria (SHAPIRO, 2011) reduzir uma a outra: regras seriam objetos abstratos e práticas eventos concretos: assim, seria mais adequado, em vez de falar que as regras sociais são práticas sociais, afirmar que sua existência *depende* da existência de uma prática social. Regras são padrões que guiam condutas, não as próprias condutas (SHAPIRO, 2011).

12 A posição de Coleman já vinha sendo construída desde *Negative and Positive Positivism*, inicialmente publicado em 1982 e republicado em 2003: "como Hart e Dworkin usam o termo, uma regra social é uma prática, e a natureza da prática determina o escopo e a extensão do dever que ela impõe". Contudo, nem toda regra de reconhecimento seria uma regra social neste sentido para Coleman, pois (a) o conteúdo da regra poderia ser especificado anteriormente à existência da prática, como o caso da Constituição Americana - que precede (temporal e logicamente) a prática de sua aplicação -; e (b) caso se adote um conceito mais amplo de regra social, em que uma regra pode ser considerada como tal caso sua existência *ou sua autoridade* dependam, parcialmente, na existência de uma prática social (COLEMAN, 2003, p.344).

Uma regra social poderia suceder a uma prática social no sentido de que é logicamente impossível que a regra mude sem que a prática também mude (ARENA, 2014), mas isso não significaria que a regra se confunde com a prática. Qual é, então, a relação entre regra de reconhecimento e a prática social a que tanto Hart se refere? Parece que a prática é condição de existência da regra de reconhecimento, que passa a existir como uma regra que guia comportamentos somente se for praticada (COLEMAN, 2001; DICKSON, 2007), ou, ao menos, que a prática é condição de inteligibilidade da regra (COLEMAN, 1991)[13].

Para Coleman (2001), ser a prática uma condição de existência da regra não implica que o seu conteúdo seja completamente determinado pela prática. Se fosse assim, qualquer descrição que capturasse o alcance da convergência seria a própria regra, algo como "o que quer que o grupo reconhecedor relevante faça, eles estão seguindo a regra cujo conteúdo lhes indica que façam exatamente o que eles já fazem" (COLEMAN, 2001, p. 359-360)[14]. Isso seria, no mínimo, uma explicação pouco elucidativa, além de fazer convergir o escopo da obrigação com a própria prática convergente, de modo que nenhuma ação convergente deixaria de satisfazer a regra, o que torna difícil falar propriamente em uma regra que guie condutas. Além do mais, se a prática determina completamente o conteúdo e as obrigações que a regra impõe, não haveria margem para desacordo no grupo reconhecedor quanto aos critérios de reconhecimento, abrindo-se espaço para críticas como as de Dworkin (COLEMAN, 2001).

Estes problemas parecem decorrer de uma incompreensão a respeito do que significa tratar a regra de reconhecimento como uma regra *jurídica* e *social*. Quanto ao primeiro caráter, ela parece ser jurídica apenas num sentido *fraco*, na medida em que é "uma

---

13 Entender a prática convergente (ou melhor, a convergência da prática) como uma *razão* para aceitação da regra é o cerne da tese convencionalista, cuja compatibilidade com as posições defendidas (ao menos na versão original) em *O Conceito de Direito* são questionadas por Green (1999) e Dickson (2007).

14 Parece ser esta a tese adotada pela maioria, tal como explicada por Himma (2003): em qualquer sistema jurídico conceitualmente possível, o que os agentes públicos conscientemente tratam como sendo o critério válido é o critério válido. Enquanto agentes públicos – incluindo juízes – individualmente podem presumivelmente errar quanto aos critérios de validade, simplesmente não é possível, se a *tese convencionalista* for verdadeira, para os agentes públicos do sistema jurídico, considerados coletivamente, estarem errados de um modo geral quanto a critérios de validade.

característica que define todo o sistema jurídico, de tal modo que seja, portanto, digna de ser ela própria chamada direito" (HART, 2009, p. 144). Ela é elemento da definição de sistema jurídico, não estando *dentro* do sistema, mas existindo com ele (MANERO, 1990).

Quanto a ser uma regra social, de um modo geral, pode-se afirmar que as regras jurídicas são espécie do gênero *regras sociais* em dois sentidos: tanto por governarem a conduta humana em sociedade e, principalmente, por deverem sua origem e existência exclusivamente a práticas humanas (MACCORMICK, 2008). Especificamente quanto à regra de reconhecimento, são possíveis duas concepções: a primeira, criticada acima, afirma que a regra de reconhecimento é regra social no sentido de que seu conteúdo é inteiramente determinado pela prática social convergente aceita no ponto de vista interno; a segunda reconhece que a regra pode não ser constituída inteiramente pelas práticas sociais convergentes, mas que sua autoridade depende da existência de uma prática social de aceitação da regra como autoritativa (COLEMAN, 1991). Somente nesta segunda interpretação, afirma Coleman, poderia o conteúdo da regra ser diferenciado da mera descrição da prática convergente.

Coleman (1991, 2001) coloca a prática convergente como condição de inteligibilidade a fim de evitar *problemas epistêmicos* para a definição do conteúdo da regra. Nesse sentido, ele afirma que a prática social não determina, mas firma (*fixes*) a regra de reconhecimento. Contudo, Coleman pode ser sujeito a críticas, pois, sob o ponto de vista hermenêutico[15] do teórico que quer desvendar qual a regra de reconhecimento aceita em uma determinada sociedade, não parece haver diferença no potencial explicativo de sua versão para a concepção tradicional. Seria possível cogitar de enfraquecer ainda mais a afirmação referente à conexão entre prática e regra e admitir que a prática serve não para constituir ou determinar, mas apenas para *desvendar* a regra de reconhecimento que subjaz na sociedade, atendendo ao

15 Refere-se aqui ao chamado *constraint* hermenêutico: nas palavras de Hacker (1977, p. 9): "um dos temas salientes em hermenêutica é que a descrição de fenômenos distintivamente humanos envolve entender a situação descrita como ela é apreendida pelo agente cujo comportamento está sendo explicado e entendido". Deve-se fazer referência ao quadro conceitual (*conceptual framework*) do agente.

caráter epistêmico aludido por Coleman. Mas esta afirmação também não está imune de críticas, pois parece desvirtuar a noção de que a prática seria condição de existência da regra.

Outra importante nota a ser feita envolve estabelecer a regra de reconhecimento não apenas sob um aspecto meramente semântico, como um critério conceitual, que seria incapaz de guiar comportamentos. Como visto anteriormente, a regra de reconhecimento parece impor certas obrigações de seguir os critérios por ela apontados na identificação do direito. O fato de a regra de reconhecimento parecer ter um caráter constitutivo deve ser levado em conta nesta análise ontológica, mas não pode colocar uma sombra no igualmente importante caráter normativo da regra.

De acordo com a premissa aqui adotada de que é necessária uma concepção que dê conta do dever de aplicar o direito como um dever jurídico e, portanto, de natureza não moral, a regra de reconhecimento deve ser entendida como uma norma genuína, e não como uma mera norma definicional (MANERO, 1990); essas concepções, por não darem conta do aspecto normativo da regra de reconhecimento em nenhum de seus dois sentidos (nem a normatividade do direito por ela reconhecida, nem a normatividade da própria regra) não serão aqui adotadas. Por outro lado, deve-se ter em conta o seu caráter *constitutivo*: é a regra de reconhecimento de cada ordenamento jurídico que constitui as normas reconhecidas como *jurídicas*, que constitui os fatos institucionais jurídicos nas respectivas sociedades, é com ela que se pode falar propriamente de um ordenamento jurídico e não de um mero aglomerado de normas primárias. Note-se que as regras constitutivas também podem possuir uma dimensão regulativa, que, neste aspecto, daria conta da normatividade do direito, impondo a obrigação no grupo reconhecedor relevante de aplicar as normas identificadas por meio dos critérios da regra de reconhecimento.

Assim, não é incompatível falar em uma regra bidimensional (regulativa e constitutiva) e parece ser o caso de, por ora, pensá-la como uma regra que apenas existe em virtude de uma prática. Mas qual o tipo de regra e qual a natureza desta prática? Nos próximos tópicos, essas questões serão abordadas, começando com o tipo de regra indicado por Hart para a regra de reconhecimento, e avançando, nos tópicos subsequentes, algumas propostas de

compreensão da regra de reconhecimento como uma regra social que irão basicamente divergir quanto à ontologia da prática social subjacente à regra.

Regra Costumeira

Segundo Hart (2009), a regra de reconhecimento seria "na verdade uma forma de norma jurídica consuetudinária que existe apenas quando é aceita e praticada nas operações de identificação e aplicação das leis pelos tribunais" (p. 330). Hart foi seguido por outros autores nesta concepção, tomando a regra como um costume surgindo da prática judicial de aplicação concordantemente dos mesmos critérios últimos de validade jurídica, somada à atitude de aceitação deste padrão como o correto (HACKER, 1977; RAZ, 1979; MANERO, 1990; GREEN, 1999; ATIENZA, MANERO, 1998; GARDNER, 2011). Ela imporia a esses atores o dever de usar, para fundamentar suas decisões, as regras identificadas a partir dos critérios de validade jurídica que a própria regra de reconhecimento estabelece (RAZ, 1979; MANERO, 1990).

Bentham diferencia costumes *in foro* e costumes *in pays*, sendo os últimos costumes da comunidade em geral, ou melhor, quaisquer costumes que não fossem *in foro* (GARDNER, 2012). Para Hart e os demais, a regra de reconhecimento seria um costume *in foro*, um costume judicial (GARDNER, 2011; LAMOND, 2013). Em outro trabalho, ofereço uma nova interpretação da regra de reconhecimento como um costume *in pays* (BOGOSSIAN, 2015).

A natureza de norma costumeira é compatível com a distinção feita anteriormente entre prática e regra, de modo que é preciso aqui também diferenciar entre a prática e a sua consideração como obrigatória – isto é, entre os dois elementos tradicionalmente identificados nos costumes: *usus* e *opinio* (ATIENZA, MANERO, 1998). Também dá conta do fato de que a regra de reconhecimento é uma regra praticada, não necessariamente enunciada (HART, 2009; GARDNER, 2012).

Sua caracterização como costume não deve levantar a objeção de que, sendo regra em certo sentido jurídica, ela pertenceria ao ordenamento jurídico, o que não estaria de acordo com a análise anteriormente feita. Como explica Gardner:

> [Regras de reconhecimento] são achadas nos costumes dos agentes públicos responsáveis pela aplicação do direito, mas disso não se segue que elas devam (apesar de poderem) identificar o costume desses agentes públicos como fonte do direito. Neste sentido, elas estão acima do direito, não são parte dele. Isso nos permite reconhecer que existem regras últimas de reconhecimento que estão, por assim dizer, acima da constituição, e ao mesmo tempo afirmar que não há direito acima da constituição. Direito Constitucional é o mais alto que o direito pode chegar. Correspondentemente, uma constituição escrita pode existir mesmo que exista uma regra costumeira de reconhecimento acima dela, uma que a identifique como constituição e vincule os aplicadores do direito, *qua* aplicadores do direito, a segui-la (GARDNER, 2011, p. 184-185).

Finalmente, a caracterização como costume também daria conta do caráter dúplice – constitutivo e regulativo – da regra de reconhecimento. Como foi visto, a regra de reconhecimento, na qualidade de fundamento último de validade do sistema jurídico, confere o caráter jurídico às normas por ela reconhecidas, cumprindo uma função ontológica. Mas não é só: ela, além de constituir certas regras como jurídicas, também constitui (ainda que não completamente – ou, como Hart (2009) menciona, *de modo embrionário*[16]) o próprio conjunto de regras como um sistema jurídico, em oposição a um aglomerado de regras primárias, um “conjunto de elementos isolados e desconexos”, tal qual Hart (2009, p. 123) afirma.

A Teoria das Regras Sociais como Práticas

A concepção original de Hart, apresentada em *O Conceito de Direito*, é denominada Teoria das Regras Sociais como Práticas (TRSP, ou, no original, *Practice theory of rules*). Uma regra social que os sujeitos *x* devam *p* nas condições *C* existe em uma sociedade *S* se e somente se as seguintes condições ocorram: A maior parte dos sujeitos *x* em *S* regularmente *p* nas condições *C* (a regra é regularmente seguida pelos membros da respectiva sociedade); na maior parte dos casos em que algum sujeito *x* não *p* nas con-

16 Recorde-se que, para Hart, um sistema jurídico completamente amadurecido somente passa a existir com o advento das três normas secundárias (2009).

dições *C*, ele encontra uma reação crítica ao seu desvio (desvios da regra recebem críticas); as críticas não são elas mesmas alvo de críticas, e os sujeitos que criticam o desvio não são criticados por criticar; membros de *S* usam uma linguagem normativa (*um x deve p em C* e é o direito que se deve p em C) para justificar suas ações de *p* nas condições *C* e para justificar as críticas (RAZ, 1999; GREEN, 1996; MARMOR, 2001a).

É este o formato de práticas e regras sociais que vem sendo utilizado, até agora, como base explicativa no presente trabalho. Esta teoria, ao tentar explicar como regras derivam de práticas, está aberta a algumas críticas, em especial a que a acusa de não conseguir dar conta do caráter normativo das regras[17].

Afirma-se que a Teoria das Regras Sociais como Práticas não é capaz de explicar como a regra social de reconhecimento constitui uma razão para ação dos juízes e agentes públicos, os grupos inicialmente apontados por Hart como relevantes na prática de reconhecimento (MARMOR, 2001a). Ela, entre outras falhas, não conseguiria demonstrar a relação entre a convicção dos participantes a respeito da existência de um dever e o fato da existência uma prática social de observância desse dever. Seria possível que juízes aplicassem regularmente os mesmos critérios e cressem ser seu dever aplicá-los sem que ao mesmo tempo essa crença esteja vinculada com a existência da regularidade de comportamento. Dworkin (2002) assinala que é necessário distinguir dois casos em que ambos os elementos (regularidade e crença) estão presentes, a saber, as práticas *concorrentes* (por convicção independente de cada um dos agentes) das práticas *convencionais* (que consideram o fato desse acordo como parte essencial das razões que os levam a afirmar a existência dessa regra).

A Teoria das Regras Sociais como Práticas, mesmo se restrita ao âmbito da convencionalidade, deveria para Dworkin ser abandonada pela impossibilidade de conciliação da existência de uma regra social de reconhecimento que guie a atividade de identificação do direito com desacordos na prática de identificação (DWORKIN, 2002; SHAPIRO, 2007; MARMOR, 2011a): se uma regra social é constituída por uma convergência de comporta-

17 Para maiores detalhes, conferir as críticas feitas por Raz no seu *Practical Reason and Norms* (1999) e Dworkin (2002), em *O modelo de regras II*, explicitada por Arena (2014) e Marmor (2001a).

mentos, não há espaço para controvérsias, para desacordos, que possam (e costumem) surgir, quer em regras de reconhecimento sistematicamente controversas[18], quer em regras eminentemente incontroversas, mas que são potencialmente controversas (COLEMAN, 2003).

As críticas, entretanto, são improcedentes: há que se distinguirem dois tipos de desacordos: disputas a respeito do conteúdo da regra de reconhecimento (*disputas de conteúdo*) e desacordos que pressupõem consenso a respeito do conteúdo da regra, mas ocorrem no âmbito de sua implementação (*disputas de aplicação*) (COLEMAN, 2003; SHAPIRO, 2007); Marmor (2001a) fala em controvérsias referentes à existência da regra e controvérsias referentes à formulação da regra. Os desacordos levantados por Dworkin seriam desacordos de aplicação (ou de formulação, para Marmor), e, portanto, compatíveis com o conceito de prática social da teoria hartiana. Em verdade, o próprio Hart (2009) parece ter adotado esta linha de resposta no pós-escrito de *O Conceito de Direito*, ao afirmar que a regra de reconhecimento não pretende determinar completamente o resultado jurídico em casos particulares, de modo que qualquer questão jurídica surgida em qualquer causa possa ser resolvida pelo simples recurso aos critérios ou testes fornecidos pela norma. Na verdade, a função da norma seria apenas definir as condições gerais que devem ser satisfeitas pelas decisões jurídicas corretas nos modernos sistemas jurídicos. Na maior parte das vezes, a norma faria isso oferecendo critérios de validade (de fonte ou de obediência a valores ou princípios morais substantivos). Hart (2009) afirma que "juízes podem em casos específicos discordar quanto ao atendimento dos critérios. Podem estar de acordo quanto à pertinência dos critérios, mesmo que discordem sobre o que os critérios exigem em casos particulares" (HART, 2009, p. 334)[19].

Foi no pós-escrito que Hart reviu sua concepção, no que parece ser um abandono parcial da Teoria das Regras Sociais como Práticas, ao menos como uma teoria geral, passando a afirmá-la como um caso especial aplicado a regras convencionais (GREEN,

---

18 Devido à suposta adoção do critério de *pedigree* para dar conta de *standards* de conteúdo eminentemente moral (DWORKIN, 2002).

19 Para uma análise mais detida da crítica de Dworkin e uma defesa do positivismo hartiano, ver SHECAIRA, 2012.

1999), e que seria esta a natureza da regra de reconhecimento: "uma regra alicerçada numa forma convencional de consenso judicial" (HART, 2009, p. 344). Leslie Green (1999) e Julie Dickson (2007) afirmam ter ocorrido, a partir da segunda edição de *O Conceito de Direito*, uma *virada convencionalista* (*conventionalist turn*) no positivismo jurídico, seguindo a indicação da natureza convencional da prática jurídica de reconhecimento. As diversas propostas teóricas que surgiram nesta seara serão objeto do próximo tópico.

O(s) convencionalismo(s)

Como uma resposta às críticas feitas por Dworkin à concepção da chamada Teoria das Regras Sociais como Práticas, descrita no tópico anterior, Hart parece adotar uma nova relação – inexistente na versão original – entre a prática convergente do grupo reconhecedor relevante e as razões que esse grupo tem para aceitar a regra de reconhecimento como vinculante (DICKSON, 2007). Assim, a Teoria das Regras Sociais como Práticas não seria uma teoria geral aplicável a qualquer regra social, mas apenas explicativa de uma subcategoria das regras sociais, a saber, as convenções, que se destacam das demais regras sociais pelo fato de que a "obediência geral de um grupo a elas *está entre as razões* que levam os membros individuais do grupo a aceitá-las" como afirma Hart (2009, p. 330), no que é reconhecido por outros autores (COLEMAN, 2001; DICKSON, 2007; MACCORMICK, 2008; GALLIGAN, 2007). É neste sentido – e somente neste sentido, como expressamente indicado no parágrafo seguinte ("minha descrição das normas sociais é, como Dworkin também sustentou corretamente, aplicável apenas às normas que são convencionais *no sentido que acabo de explicar*" (HART, 2009, p. 330)) – que Hart *adota* o convencionalismo. Em algumas páginas adiante, Hart (2009) reitera o compromisso com esta tese convencionalista no sentido que a regra de reconhecimento é alicerçada numa "forma convencional de consenso judicial" pelo fato de que "a concordância de outros indivíduos contribui para a aquiescência de cada um" (p. 344).

Essa concessão levou muitos seguidores de Hart a desenvolve-

rem um corpo teórico que expandisse a noção da regra de reconhecimento como uma regra convencional, isto é, determinada por uma prática social cuja natureza é de uma convenção (MARMOR, 2001a; ARENA, 2014), de forma a manter a capacidade do positivismo para dar conta do fenômeno da normatividade do direito sem abrir mão das suas fundações sociais (COLEMAN, 2001).

Pode-se afirmar que, em geral, para se falar em uma convenção, uma prática social deve atender às seguintes *condições de convencionalidade* (MARMOR, 2009; ARENA, 2014):

a. *Condição de convergência*: membros do grupo *G* realizam a ação *A* cada vez que se apresenta a ocasião *O*, tendo *O* se apresentado com certa frequência ou pelo menos mais de uma vez e que seja possível voltar a se apresentar;

b. *Condição de dependência*[20]: a razão de seguir a convenção deve ser constituída, ao menos em parte, pelo fato de que existe uma prática comum; ou seja, a conformidade dos demais indivíduos à regularidade ingressa nas razões para se conformar à regularidade, mas não exclui outras razões para seguir a convenção. A condição de dependência possui uma versão *fraca* (MARMOR, 2009) e uma versão mais *forte*, que demanda que, entre as razões para conformação, esteja o fato de que os demais agentes *o fazem por esta mesma razão*[21]. A dependência neste último caso é *recíproca* ou *reflexa* (ARENA, 2014);

c. *Condição de arbitrariedade*: representada pela existência de um modo distinto de configurar as convenções que seja ao mesmo tempo possível, praticável, incompatível com o escolhido, bem como pela possibilidade de alteração da conformidade, que denotam uma arbitrariedade na escolha da solução (ARENA, 2014).

20 É a condição de dependência que permite diferenciar convenções de meras regularidades de comportamento, seja por exigências técnicas (como, por exemplo, acender a luz para trabalhar de noite) ou casos em que se considera estar seguindo normas morais como, por exemplo, a norma moral que obriga o respeito aos pais (ARENA, 2014).

21 E que, portanto, necessita de mais uma condição de convencionalidade, o conhecimento comum da existência da convenção entre os membros do grupo (ARENA, 2014).

A primeira dessas tentativas convencionalistas procurou identificar a regra de reconhecimento em uma convenção no sentido atribuído pelo filósofo David Lewis (1969), como soluções (não derivadas de um acordo), em situações de interação estratégica, para problemas de coordenação recorrentes envolvendo um conflito parcial de interesses (MARMOR, 2001b; ARENA, 2014). Entretanto, os problemas de coordenação propriamente também possuem condições de existência: (a) relativa coincidência de interesses (de modo que cada um deve se beneficiar mais da cooperação que da não cooperação); (b) preferências mutualmente condicionadas (ações são preferidas a outras se e somente se os outros agentes também as preferirem); (c) existência de uma alternativa (SHAPIRO, 2002; ARENA, 2014).

Um dos problemas das convenções de coordenação é o fato de que ausentes as condições que permitem a formação de um problema de coordenação também serão ausentes as condições que permitem o surgimento de uma convenção (ARENA, 2014). Assim, dois problemas parecem minar a viabilidade da regra de reconhecimento como fundada em uma convenção coordenativa: em primeiro lugar, o direito não parece ser um caso de conflito parcial de interesses que gere um problema de coordenação; além disso, regras de reconhecimento não parecerem ser arbitrárias no sentido colocado por Lewis (MARMOR, 2001a; DICKSON, 2007; SHAPIRO, 2002). Coleman (2001) apresenta outras razões para o abandono das convenções coordenativas: o fato de que os participantes da atividade de reconhecimento não parecem possuir preferências *ex ante* de modo que a atividade de reconhecimento em si configure um conflito parcial de interesses, e que tais convenções não parecem dar conta de todos os tipos de razões que as autoridades públicas têm para agir como os demais. Green (1999), por sua vez, foca em argumentos que pretendem demonstrar que tais convenções não dão conta do caráter normativo do direito e nem explicam convenções que não possuem autoridade.

Assim, com a falibilidade das convenções coordenativas, a maioria dos autores[22] precisou migrar para outras posições. Enquanto alguns como Shapiro, Coleman e Adler adotaram o conceito desenvolvido por Bratman de Atividades Cooperativas

22 Lagerspetz parece ser o único a permanecer com as convenções coordenativas.

Compartilhadas, Marmor desenvolveu, baseando-se na ideia de regras constitutivas aventada por Searle, uma concepção de convenções constitutivas.

As convenções constitutivas podem ser definidas como regularidades de comportamentos que adquirem seu significado a partir de regras (constitutivas) que definem uma prática social e o modo de participar nela (ARENA, 2014). Caracterizam-se por sua capacidade de criar e definir novas formas de comportamento, como jogos, formas de arte, cerimônias sociais como o casamento, etc. (MARMOR, 2009; DICKSON, 2007; GALLIGAN, 2007; ARENA, 2014). Esse tipo de prática social é (ao menos parcialmente) constituído por regras sociais constitutivas, que, além de constituir a prática e (parcialmente) regular muitos de seus aspectos fundamentais, também definem ou constituem, em parte, os *valores* associados com a prática em questão e definem o discurso avaliativo a ela aplicável (MARMOR, 2009; DICKSON, 2007; ARENA, 2014). *Definir* e *constituir* significam aqui que determinadas ações adquirem certo valor enquanto são realizadas dentro da prática constituída pela convenção. Os valores são internos à prática e seguir a regra é contingente a estar imerso no contexto dos valores definidos pela prática. Por exemplo, não há valor algum fora do contexto do jogo de xadrez em mover o bispo na diagonal; o valor em seguir a regra só é perceptível dentro do jogo (MARMOR, 2009; ARENA, 2014).

Note-se que as convenções constitutivas são *atividades* constituídas por um conjunto de *regras constitutivas* (ARENA, 2014), que devem ser entendidas não como regras que definem práticas isoladas, ações particulares, mas como um sistema de regras que dá condições de possibilidade de práticas sociais (MARMOR, 2009; ARENA, 2014). Assim, a relação entre regra e prática é invertida. Se, na Teoria das Regras Sociais como Práticas e nas convenções coordenativas, era a prática social que caracterizava a regra, nas convenções constitutivas é o conjunto de regras constitutivas que constitui as práticas sociais. Marmor (2001a) enxerga nelas um sentido de convencionalidade na medida em que "regras convencionais podem constituir uma prática social somente se as regras são de fato seguidas (...) somente convenções praticadas são convenções" (p. 18). Essa concepção, entretanto, não coincide com

o sentido de convencionalidade adotado por Hart em *O Conceito de Direito* (que parece ser, na verdade, uma concepção *fraca* da condição de dependência). Mais ainda, Marmor (2001a) parece rejeitar o sentido de convencionalidade adotado por Hart ao afirmar que *não necessariamente* as razões para seguir um conjunto de convenções constitutivas consistem no fato de que outros também a seguem. Para Hart, como visto, o fato da convergência deve ser *necessariamente* ao menos parte das razões para seguir a regra, para que se possa falar em uma regra convencional.

Isto leva a outro problema para Marmor. Ao tratar da regra de reconhecimento como regra constitutiva, ele afirma que:

> Regras de reconhecimento, como qualquer outro tipo de convenção constitutiva, apenas definem o que a prática é. Elas apenas dizem o que conta como direito na nossa sociedade. Como tal, elas também definem a validade jurídica das normas; isso implica em dizer que elas definem as regras do jogo. Isso deixa em aberto a questão de por que as pessoas devem praticar o direito de seu país; por que devem jogar o jogo (...) Se juízes, advogados ou leigos possuem qualquer razão moral ou de outro tipo para jogar o jogo, é uma questão totalmente separada (...) essas razões não podem ser prescritas pelas próprias convenções sociais (MARMOR, 2001a, p. 33).

As razões para *jogar o jogo* da regra de reconhecimento não seriam nem parcialmente determinadas pela prática convergente dos demais atores no grupo relevante. Esse trabalho é feito pelas razões primárias ou subjacentes (MARMOR, 2001a). Apesar de ser uma posição bem próxima da desposada por Hart na versão original de *O Conceito de Direito* (DICKSON, 2007), há diferenças, principalmente no que diz respeito às implicações para a normatividade das convenções constitutivas: estas seriam apenas *condicionalmente mandatórias*, isto é, elas apenas afirmam um dever, apenas configuram razões para agir *se* o agente está comprometido em participar da prática constituída pela convenção (MARMOR, 2001a).

Aplicando-se ao caso da regra de reconhecimento, Marmor (2001a) afirma que o seu convencionalismo constitutivo não explica a razão do grupo reconhecedor relevante estar obrigado a seguir o direito; ele apenas explica que, *se* o grupo reconhece-

dor relevante quiser seguir o direito, *então* ele deve aplicar os critérios de validade jurídica oferecidos pela regra de reconhecimento. Sendo a regra de reconhecimento condição necessária de existência do direito em determinado lugar (ou seja, condição necessária de existência de ordenamentos jurídicos), o convencionalismo constitutivo não explica por que deve haver um ordenamento jurídico, mas somente explica o que conta como direito em uma determinada sociedade.

Como boa parte das regras constitutivas (que possuem também um caráter regulativo, responsável por sua normatividade), a regra de reconhecimento possuiria caráter duplo: por um lado, constituindo o que é o direito (ao cumprir suas funções epistêmica, validatória e sistêmica), e, por outro, impondo deveres nos sujeitos para aplicar os critérios de validade por ela indicados (MARMOR, 2011, p. 82). Mais: a regra de reconhecimento seria uma *convenção superficial* em um contexto de *convenções profundas*.

Parece haver convenções que constituem a especificação ou instanciação de outras normas convencionais: por exemplo, a convenção que se deve vestir terno num casamento é instanciação da convenção que se deve mostrar respeito pelos noivos, que, por sua vez, é instanciação da convenção que se deve mostrar respeito pelos outros membros do grupo (ARENA, 2014).

Em situações em que só há convenções superficiais, não poderia ocorrer um erro ou desacordo generalizado quanto ao seu conteúdo (pois, assim, não se poderia falar em convergência); já nas situações em que há cadeias com convenções profundas, é possível um desacordo na maioria da comunidade a respeito das aplicações corretas e incorretas da regra convencional, pois o que importa é a orientação pelo fundo normativo compartilhado (as convenções mais profundas). Entretanto, tais desacordos possuem limites, não podem ser difusos, pervasivos (ARENA, 2014). Profundidade não é sinônimo de constitutividade; apesar de a maioria das convenções profundas ser de convenções constitutivas, é possível haver convenções profundas (intermediárias) de coordenação. Um exemplo é a convenção de coordenação que indica o lado pelo qual se deve trafegar na rua, que pode ser instanciada caso as vias possuam mais de uma pista, sendo neces-

sária uma convenção meramente superficial indicando por qual pista trafegar. No caso, a convenção coordenativa original é uma convenção profunda intermediária (ARENA, 2014).

Exemplos no direito de convenções profundas básicas são as que definem, segundo Marmor (2009), as diferentes famílias de sistemas legais (*common law* e *civil law*), que podem ser consideradas como alternativas (MARMOR, 2009; ARENA, 2014).

Assim, vê-se que a regra de reconhecimento certamente não é uma convenção profunda básica; ela é uma *convenção constitutiva profunda intermediária ou meramente superficial*, através da qual se manifestam certas convenções profundas (ARENA, 2014). Nas palavras de Marmor (2009, p.171): "entre as razões gerais para se ter direito e as convenções locais que determinam o que conta como direito em um determinado sistema jurídico, há camadas intermediárias de convenções profundas, que constituem os principais blocos da construção dos sistemas jurídicos. As convenções profundas do direito são tipicamente manifestadas nas convenções superficiais de reconhecimento que são específicas às sociedades e seus ordenamentos jurídicos".

Conclusão

Apesar de pouco debatido no Brasil, H.L.A. Hart é comumente celebrado como um dos mais influentes pensadores e detentor de uma das mais sofisticadas teorias positivistas, tendo sido o responsável pelo renascimento da filosofia e teoria do direito no meio do século XX nos países de língua inglesa. Ele *carregou a tocha* da tradição positivista e hoje nenhum debate nesta área da ciência jurídica pode prescindir de seus ensinamentos, ao menos para que, criticando-os, sejam tomados como ponto de partida para novas descobertas.

O presente trabalho procurou partir do arcabouço positivista hartiano para avançar uma análise em um dos temas centrais em sua teoria: a regra de reconhecimento. A possibilidade de existência de uma única regra de reconhecimento por ordenamento jurídico que apresente diversos critérios ou a viabilidade conceitual de diversas regras de reconhecimento últimas coexistirem no mesmo sistema jurídico foi também avaliada. Afirmou-se que é

possível reconciliar as posições de unidade ou pluralidade da regra de reconhecimento.

As diversas posições a respeito da tormentosa questão ontológica da regra foram apresentadas e afirmou-se a natureza de regra social constitutiva, convencional unicamente no sentido atribuído por Hart: ou seja, de que o fato de a mesma regra ser seguida pelos demais agentes dentro da comunidade reconhecedora (o fato da convergência) é *necessariamente* ao menos parte das razões para seguir a regra.

Referências

ARENA, Federico José. **El Convencionalismo Jurídico: um recorrido analítico**. Madri: Marcial Pons, 2014.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **A Theory of Legal Sentences**. Londres: Kluwer Academic Publishers, 1998.

BOGOSSIAN, Andre Martins. **Aspectos Descritivos e Conceituais da Regra de Reconhecimento do Direito Brasileiro.** Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2015.

COLEMAN, Jules. Rules and Social Facts. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, vol. 14, p. 703-725, 1991.

COLEMAN, Jules. The Conventionality Thesis. **Noûs,** v. 35, p. 354-387, 2001.

COLEMAN, Jules. **Markets, Morals and the Law.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2003.

DICKSON, Julie. Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule? **Oxford Journal of Legal Studies,** vol. 27, p. 01-30, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALLIGAN, Denis James. **Law in Modern Society**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

GARDNER, Jon. Why Law Might Emerge: Hart's problematic fable. In: D'ALMEIDA, L.; EDWARDS, J.; DOLCETTI, A. (orgs.). **Reading HLA Hart's The Concept of Law**. Oxford: Hart Publishing 2013, p. 81-96.

GARDNER, Jon. Can There Be a Written Constitution? **Oxford Studies in Philosophy of Law**, vol. 1, p. 162-204, 2011.

GREEN, Leslie. The Concept of Law Revisited. **Michigan Law Review**, vol. 94, n.6, p. 1687-1717, 1996.

GREEN, Leslie. Positivism and Conventionalism. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, vol. 12, n. 1, p. 35-52, 1999.

HACKER, P.M.S. Hart's Philosophy of Law. In: HACKER, P.M.S; RAZ, Joseph (orgs.) **Law, Morality and Society:** essays in honour of H.L.A Hart. Oxford: Oxford University Press, 1977.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HIMMA, Kenneth. Making Sense of Constitutional Disagreement: legal positivism, the Bill of Rights, and the conventional rule of recognition in the United States. **Journal of Law in Society,** vol. 4, n. 2, p. 149-218, 2003.

KRAMER, Matthew. **Where Law and Morality Meet**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LAGERSPETZ, Erik. **The Opposite Mirrors:** a Conventionalist Theory of Institutions. Londres: Kluwer Academic Publishers, 1995.

LAGERSPETZ, Erik. John Searle's Social Ontology. **Analyse & Kritik**, n. 21, p. 231-236, 1999.

LAMOND, Grant. Legal Sources, the Rule of Recognition, and Customary Law. **The American Journal of Jurisprudence**, p. 01-24, 2014.

LAMOND, Grant. The Rule of Recognition and the Foundations of a Legal System. In: D'ALMEIDA, L.; EDWARDS, J.; DOLCETTI, A. (orgs.). **Reading HLA Hart's The Concept of Law**. Oxford: Hart Publishing 2013, p. 97-122.

LEWIS, David. **Convention:** a philosophical study. Cambridge: Harvard University Press, 1969.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart.** 2 ed. Redwood City: Stanford University Press, 2008.

MANERO, Juan Ruiz. **Jurisdicción y Normas: dos estudios sobre función jurisdicional y teoría del derecho**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

MARMOR, Andrei. **Positive Law and Objective Values.** Oxford: Oxford University Press, 2001a.

MARMOR, Andrei. Legal Conventionalism. In: COLEMAN, Jules (org). **Hart's Postcript:** essays on the postscript to The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001b.

MARMOR, Andrei. **Social Conventions:** from language to law. Princeton: Princeton University Press, 2009.

MARMOR, Andrei. **Philosophy of Law**. Princeton: Princeton University Press,

2011.

PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramon. **H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramon. Entrevista a H.L.A. Hart. **Doxa:** Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 5, 1988.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law:** essays on law and morality. Oxford: Clarendon Press, 1979.

RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.

SCHAUER, Frederick. Amending the Presuppositions of a Constitution. In: LEVINSON, Sanford (org). **Responding to Imperfection:** the theory and practice of constitutional amendment. Princeton: Princeton University Press, 1995, p.145-162.

SHAPIRO, Scott. **Legality.** Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SHAPIRO, Scott. Laws, Plans and Practical Reason. **Legal Theory**, n. 8, p. 387–441, 2002.

SHAPIRO, Scott. The 'Hart-Dworkin' Debate: a short guide for the perplexed. **University of Michigan Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n. 77, p. 01-55, 2007.

SHAPIRO, Scott. What is the Rule of Recognition (and Does it Exist)? In: ADLER, Matthew; HIMMA, Kenneth (orgs.) **The Rule of Recognition and the U.S. Constitution.** Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 235-268.

SHECAIRA, Fábio. Dealing with Judicial Rhetoric: a defence of hartian positivism. **Australian Journal of Legal Philosophy**, v. 37, p. 131-158, 2012.

STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do Direito. 2005. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

WALDRON, Jeremy. All We Like Sheep. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, vol .12, n.1, p. 169-186, 1999.

A fundamentação de decisões judiciais colegiadas e o problema de sua demarcação

Danilo dos Santos Almeida[1]

> *Por mais que a gente possa dizer "ah, o fundamento determinante, a ratio decidendi deve vincular", mas nós temos essa dificuldade. Quer dizer, de fato, o que que é fundamento determinante? (Ministro Gilmar Mendes)*[2]

A citação acima indica o estado de coisas em que se encontra a jurisprudência da Suprema Corte brasileira: são seus próprios ministros que expressam perplexidade com a interpretação de seus precedentes. Os acórdãos são claros quanto à sua parte dispositiva, mas não quanto às razões oferecidas como fundamento da decisão. Se os ministros não são capazes de identificar essas razões, como esperar que eles decidam futuramente em conformidade com elas?

Este trabalho pretende caracterizar essa dificuldade na iden-

1 Professor da Escola Superior de Criciúma (Esucri). Graduado e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Visiting Research Fellow na Brown University, em 2014. E-mail: danilodsa@gmail.com.

2 O comentário do ministro foi feito durante as deliberações da proposta de súmula vinculante nº 57, na sessão plenária do dia 29/6/2016 (transcrito em Bogossian, Almeida, 2016). Nessa passagem, ele tratava da publicação de tese de repercussão geral.

tificação dos precedentes da corte como um problema na formação de seu agenciamento de grupo. Existem duas características centrais nas decisões judiciais proferidas por cortes. A primeira é que elas são fundamentadas; a segunda é que elas são coletivas. Isso significa que, de alguma forma, expressões individuais dos membros das cortes interagem entre si, constituindo uma decisão fundada em razões atribuíveis ao órgão colegiado. Exatamente como essas decisões são formadas é algo definido pelas práticas decisórias e pela redação dos acórdãos em cada órgão, o que pode ser mais ou menos claro para um observador externo. O presente trabalho pretende argumentar que, em relação às suas razões para decidir, cortes que publicam decisões *seriatim* estão sujeitas a sofrer com o problema da demarcação de julgamentos coletivos: a falta de critérios claros que permitam a distinção dos julgamentos da corte, em oposição às posições meramente individuais de seus membros.

No primeiro tópico, o problema da demarcação é definido. Posteriormente, nos dois tópicos seguintes, explica-se um vocabulário básico para sua compreensão. Esse vocabulário diz respeito à análise dos conceitos de estados mentais e agenciamento de grupos. Em seguida, aplica-se o modelo de agenciamento de grupos às cortes, descrevendo decisões judiciais como produto da formação de intenções em modo-nós pelos membros. Aponta-se também a relevância da fundamentação das decisões colegiadas como expressão de razões de grupo. Em seguida, um tópico dedica-se à diferença entre cortes que publicam posições individuais de seus membros (*seriatim*) e cortes que apenas publicam uma opinião coletiva ao final do julgamento (per curiam). Por fim, o texto relaciona o modelo *seriatim* de acórdãos com o risco de incerteza sobre os julgamentos atribuíveis à corte coletivamente; risco de ocorrência do problema da demarcação, portanto.

Definição do problema da demarcação

A literatura nacional aponta diferentes causas para essa incerteza. Essas causas são frequentemente relacionadas a problemas com as práticas deliberativas da corte. Adriana Vojvodic e outras (2009) sustentam que as regras procedimentais de deliberação e

julgamento no Supremo dificultam a formação de uma *ratio decidendi* coletiva. Por sua vez, essa limitação impede o que Dworkin chama metaforicamente de redação de um romance em cadeia. Isso significa que a tomada de decisões não é vista pela corte como a continuação de um processo histórico de construção de uma jurisprudência. Virgílio Afonso da Silva (2013) também aponta para insuficiências nas regras procedimentais. Para ele, esses limites atrapalham a realização do ideal político da deliberação racional. Isso impede a formulação de julgamentos verdadeiramente colegiados na corte. Conrado Hubner Mendes (2012) trata do ideal da interação colegiada. Em uma corte verdadeiramente preocupada em agir de acordo com virtudes deliberativas, agir colegiadamente significa debater ideias em busca de construir uma posição comum. Essa atitude geraria consensos racionais e, eventualmente, dissensos legítimos – apenas os dissensos que sobrevivessem aos contra-argumentos da posição majoritária.

A discussão desses autores sobre causas é fundamental para a compreensão da prática decisória no Supremo, mas ela não é suficiente. Há uma motivação normativa para esse tipo de estudo: os autores mencionados acima estão criticando, mais do que explicando. O objetivo do presente trabalho é formular a questão dos fundamentos coletivos a partir de outra perspectiva, a de um leitor dos acórdãos do Supremo que está preocupado neles tal como se apresentam atualmente. Para alguém que queira ler um acórdão – qualquer acórdão – da corte e compreender exatamente quais posições podem ser atribuídas à instituições, o importante é ter um conjunto de critérios que sirvam para orientar leitura da decisão e distinguir seus elementos adequadamente.

A dificuldade pode estar no fato de as decisões do STF não estabelecerem critérios claros de identificação de seus julgamentos coletivos, em oposição aos julgamentos individuais de seus membros. Chamemos *o problema da demarcação dos julgamentos coletivos na corte* a incerteza quanto à abrangência do conjunto de atitudes atribuíveis à corte coletivamente, decorrente da falta de apresentação clara do critério de aceitação conjunta adotado pelos membros. Em outras palavras, o problema refere-se à dificuldade de identificar as atitudes que os membros do grupo, em virtude de suas metas e regras constitutivas, estão comprome-

tidos a reconhecer como sendo atitudes do grupo. Na presença do problema da demarcação, os leitores são forçados a buscar por conta própria tais critérios de atribuição

O STF parece ser vítima do problema da demarcação. A confusão parece ser tão profunda que seus próprios membros não estariam em condições de explicar o protocolo de formação de julgamentos coletivos da corte, o que é ilustrado pelo comentário do ministro Gilmar Mendes. Outro exemplo é dado nas entrevistas que Virgílio Afonso da Silva realizou com ministros do STF. Um deles (não é possível saber quem, já que as entrevistas foram concedidas anonimamente) afirma, quando questionado sobre um pretenso personalismo na atuação dos relatores, que os membros do tribunal "não decidem como instituição, eles decidem com os argumentos dos seus ministros, é uma soma de opiniões; *o Supremo não vota como instituição*" (ênfase adicionada; SILVA, 2015, p. 197).

Afinal, o que nos permite atribuir razões para decidir a cortes? O que causa a situação de incerteza descrita pelo problema da demarcação? Em poucas palavras, a combinação de três características da corte: (a) seus órgãos julgadores (turmas e plenário, no exemplo do STF) são compostos por grupos de magistrados, todos com igual autoridade (podemos denominar esses órgãos grupos democráticos, portanto); (b) cada caso julgado envolve uma série de decisão dependentes entre si e encadeadas logicamente; e (c) para algumas dessas decisões, não há regras procedimentais claras. Consideremos cada uma dessas características separadamente.

Noção de agenciamento de grupos

A definição usa um vocabulário incomum, que merece uma explicação mais cuidadosa. Isso porque o problema não é propriamente jurídico, mas se insere no campo das teorias do agenciamento de grupo, entre as filosofias da mente e da ação. Primeiramente, a definição fala de atribuição de atitudes à corte. A noção de atitudes proposicionais refere-se a estados mentais a respeito de alguma proposição, de alguma ideia passível de ser formulada linguisticamente. Ora, como assim atribuir estados

mentais à corte? A corte é uma instituição, pela qual responde um grupo de pessoas (tomando o exemplo do plenário do STF, 11 ministros). Isso só é possível se estipularmos a possibilidade de grupos terem mentes. Por sua vez, grupos só podem ter mentes em um sentido mais expandido da noção de mente, um que não esteja vinculado à existência de um cérebro como substrato material. Por isso, antes de mais nada, precisamos de uma concepção de mente e de estados mentais que faça jus às nossas práticas linguísticas.

O que exatamente as pessoas querem dizer quando falam em estados mentais? A que se referem termos como *crença* e *desejo*? O funcionalismo é uma tentativa oferecer respostas. Para ele, o que constitui o significado dos termos mentalistas – aqueles que descrevem entidades, propriedades e eventos mentais – são suas definições funcionais, de acordo com uma teoria sobre suas funções (STICH, NICHOLS, 2003, p. 237). Uma teoria funcional dos conceitos mentalistas pode ser inferida das práticas linguísticas ordinárias (LEWIS, 1972, p. 256; STICH, NICHOLS, 2003, p. 237). Chamemos tal teoria de *psicologia popular*. Isso significa que, quando usamos o vocabulário mentalista, estamos fazendo referência a platitudes sobre a psicologia humana, um conjunto de verdades intuitivamente aceitas por todos. A psicologia popular como um conjunto de platitudes permite que o que falamos sobre crenças, desejos, emoções, etc., em outros seres faça sentido. Para Lewis, se prestarmos atenção a essas platitudes, veremos que, tal como uma teoria científica, elas indicam a função explicativa cumprida pelos objetos – estados mentais – que ela postula (LEWIS, 1972, p. 256). Ou seja, esse conjunto de platitudes pode ser sistematizado teoricamente uma investigação científica das práticas linguísticas ordinárias relevantes.

O funcionalismo respeita as noções da psicologia popular por seu valor de face. Termos mentalistas não precisam ser reduzidos a estados neurológicos para que façam sentido, desde que seja possível interpretá-los como tipos funcionais em um modelo do comportamento humano (ou de qualquer sistema não humano ao qual a psicologia popular atribui mente, tal como animais, robôs ou grupos). Uma das consequências disso é a chamada *múltipla realizabilidade* (CHURCHLAND, 2005, pp. 33-34). Como

o funcionalismo não é definido por sua relação com o substrato material do cérebro, mas pelas relações funcionais dos estados mentais na explicação de comportamentos, é plausível que mais de uma configuração material possa cumprir o mesmo conjunto de critérios funcionais. Em outras palavras, o funcionalismo autoriza que um mesmo tipo de estado mental seja realizável por mais de um conjunto de estados físicos.

E o que dizer de grupos? Será que faz sentido atribuir mentes a eles também? A resposta está na psicologia popular. Se for o caso que a prática de atribuir estados mentais de grupo seja uma intuição constitutiva da nossa compreensão popular da mente, então é possível falar em mentes de grupo. Mais do que isso, pertencer ao conjunto de intuições que constituem a psicologia popular dá às proposições sobre mentes de grupo um caráter de literalidade: proposições sobre estados mentais de grupos podem ser literalmente, e não apenas metaforicamente, verdadeiras[3]. Estudos sobre o conceito popular de intencionalidade e sobre a prática de explicação de comportamentos indicam que realmente é o caso que intuitivamente compreendemos o comportamento de grupos em termos mentalistas (O'LAUGHLIN, MALLE, 2002; KNOBE, PRINZ, 2008; MALLE, 2010). Assim, uma concepção funcionalista da mente parece favorecer a ideia de que atribuições de estados mentais a grupos podem ser verdadeiras.

Naturalmente, alguns estados mentais são mais relevantes que outros quando falamos de grupos. Pode-se argumentar que grupos não apresentam estados mentais fenomenológicos, ou seja, aqueles que envolvem experiência subjetiva[4]. Outros esta-

3 A razão para isso deve ter ficado clara, mas não é demais explicar. Se a aptidão de verdade de tais proposições é garantida por suas definições funcionais, de acordo com a teoria relevante, então todos os termos previstos por tal teoria têm valor de verdade *por este fato mesmo*. Isso significa que questões metafísicas sobre a existência ou não de grupos são substituídas como fundamento das proposições pelo conjunto sistematizado de platitudes, elas mesmas assumidamente verdadeiras. É claro que é possível contestar essa suposição, ameaçando assim não só a ideia da literalidade dos termos mentalistas aplicados a grupos, mas a literalidade de *quaisquer* termos mentalistas. Um exemplo desse tipo de contestação é o eliminativismo de Paul Churchland (2005).

4 É importante esclarecer que os estados mentais que importam para se caracterizar o agenciamento de grupos são aqueles com conteúdo proposicional, ou seja, aqueles que são sobre o mundo, e que compõem seus planos de ação (MALLE, 2010). É bastante controverso (*e.g.*, KNOBE, PRINZ, 2008; ARICO *et al.*, 2011) – e irrelevante para a questão do agenciamento – se realmente atribuímos estados fenomenológicos, sem conteúdo proposicional a grupos da mesma forma.

dos mentais são indispensáveis para nossas interações sociais cotidianas, tais como aqueles que originam ações – julgamentos, crenças, desejos, intenções. De fato, atribuímos capacidade de agir a grupos toda vez que dizemos, por exemplo, que uma empresa tomou determinada decisão; ou que uma corte julgou uma ação procedente. Grupo-agente pode ser caracterizado como "uma entidade funcional 'fictícia', coletivamente conceitualmente construída e com propriedades reais" (TUOMELA, 2013, p. 51). Tal entidade torna-se autora de suas ações por ser capaz de, através de suas faculdades cognitivas[5], formar atitudes proposicionais sobre estados de coisas, reconhecê-los como razões para agir, formar um plano de ação e executar o plano por meio de seus membros.

Exatamente do que estamos falando quando falamos de grupos-agentes? Por enquanto, tratamos apenas da possibilidade desses entes. Falta avaliar suas propriedades centrais. Agenciamento, ou a capacidade que um ente tem de agir, deriva do potencial que intenções têm de mover seus portadores e de alterar o mundo de acordo com seu conteúdo. Por isso, a análise do conceito de agenciamento de grupo deve começar com as peculiaridades das intenções no contexto de grupos.

Cortes como grupos

Foi dito acima que o problema da demarcação é uma dificuldade na atribuição a cortes, entendidas enquanto grupos-agentes, de atitudes proposicionais relevantes para seu agenciamento. Estamos, portanto, assumindo que cortes *podem* (ou, ainda, *devem*) ser consideradas agentes. Isso pode soar controverso num primeiro momento, mas não deveria. Tratar cortes como grupos-agentes significa apenas que a autoria das decisões de sua competência é *delas próprias*, e não de seus membros. Expressões como "o STF decidiu que...", como foi sustentado acima, devem ser compreendidas literalmente, não como uma metáfora. Resta agora considerar em quais condições grupos-agentes de fato existem. Estados mentais podem ser formados em dois modos diferentes. Eles

5 Essas faculdades são irredutivelmente coletivas, como veremos adiante com a discussão sobre o modo-nós.

podem ser estritamente individualistas, tidos por alguém como uma pessoa privada – *modo-eu*. A alternativa é formar estados mentais como membro de grupo, em *modo-nós*.

A diferença entre os dois modos de intenção é bastante intuitiva. Para explicá-la, John Searle (1990) pede que imaginemos pessoas num parque, num dia que subitamente se torna chuvoso. Cada uma delas se levanta e corre para um abrigo. Certamente, atribuiremos a elas a intenção individualista de se proteger da chuva. Mas também pode ser que as pessoas façam parte de um grupo de dança e sua movimentação para o abrigo sejam parte da coreografia. Ainda que a movimentação delas nessa segunda situação seja, para um observador desinformado, indistinguível da movimentação na primeira, nossa explicação será diferente.

Na versão individualista do exemplo, a intenção decorre da crença de que está para começar a chover e do desejo de não se molhar. No caso dos dançarinos, a intenção individual é derivada de uma *intenção coletiva* de executar a dança com os outros. Há duas etapas na formação da decisão de se mover; elas podem ser formuladas como dois diferentes tipos de intenção, ambas em modo-nós: (a) nós vamos executar uma coreografia em que corremos todos para o abrigo quando a chuva começar (plano de grupo); e (b) eu vou fazer a minha parte na execução do plano de grupo correndo para o abrigo quando a chuva começar.

Segundo Raimo Tuomela (2013), são três as condições para uma atitude ou ação em modo-nós: (a) que ela tenha sido formada por uma razão de grupo; (b) que seja uma atitude ou ação coletiva de seus membros – que a satisfação do objetivo em modo-nós, por exemplo, para um membro do grupo signifique a satisfação desse objetivo de grupo para todos os membros; e (c) que os membros estejam coletivamente comprometidos com ela. Um grupo em modo-nós é um grupo cujas atitudes satisfazem as três condições mencionadas anteriormente. Grupos-agentes são sempre grupos em modo-nós.

Vemos que o grupo de dança satisfaz os três critérios: (a) a ação dos membros é uma decorrência da coreografia; (b) estão todos, por assim dizer, “no mesmo barco” (o efeito estético planejado só funciona se todos fizerem sua parte); e (c) podemos inferir que os dançarinos teriam uma atitude crítica em relação a mem-

bros faltantes ou displicentes.

Um grupo que satisfaça esses critérios mobiliza seus membros para funcionarem com base no raciocínio em modo-nós e de acordo com o *ethos* do grupo – seus objetivos, crenças, regras, práticas constitutivas ou centrais. Tal grupo pode ser pequeno como uma dupla carregando uma mesa ou grande como um Estado-nação. Como o que caracteriza esse tipo de grupo é sua capacidade de raciocínio em modo-nós uniforme, eles podem ser vistos funcionalmente como agentes autônomos, analogamente a agentes individuais.

Há diferentes tipos de razões coletivas envolvidas na ação de grupo (TUOMELA, 2012). Entendamos razões coletivas como estados de coisas aptos a justificarem ações coletivas. *Razão de grupo-agente* é o estado de coisas que justifica – e motiva, quando os membros se mobilizam conjuntamente para formar um plano de ação coletiva – a ação do grupo. . Há também as *atitudes em modo-nós dos membros*, formadas no contexto da interação entre membros. Um exemplo de atitudes de membros são as propostas para formação de atitudes do grupo-agente. A razão de grupo-agente é constituída por atitudes e ações dos membros, propriamente coordenadas pela mediação do ethos do grupo. Essas atitudes de membros são atitudes em modo-nós, elas são formadas quando os membros adotam a perspectiva do grupo. Ou seja, o raciocínio que as gera coloca os interesses e metas do grupo a frente dos seus próprios e serve para constituir e alimentar o aparato cognitivo do grupo. Em linhas gerais, uma atitude atribuível ao grupo surge quando, ao adotarem a perspectiva do grupo, os membros[6] são capazes de coletivamente concordar sobre como melhor alcançar as metas do grupo (quais desejos, intenções, crenças deve o grupo adotar como suas?) Por fim, atitudes atribuíveis ao grupo-agente oferecem razões aos membros para suas ações – *razões de membros*. O membro não precisa conhecer as razões completas do grupo para agir, mas precisa saber pelo

6 Todos os membros ou apenas um subgrupo de membros operativos Essa distinção é importante porque muitos grupos-agentes são hierarquizados ou funcionam de acordo com uma divisão de trabalhos. Por exemplo, em uma grande empresa, apenas seus executivos costumam ter a autoridade para participar da formação dos planos da empresa. Nesse caso, um simples funcionário, ainda que possa ser considerado membro da empresa (sua ação constitui a ação do grupo), não necessariamente contribui para o raciocínio coletivo da empresa.

menos a ação exigida dele pelo plano de ação do grupo; precisa saber qual é a sua parte no plano. Nesse caso, as razões do grupo-agente motivam apenas indiretamente o membro a agir: cada membro faz sua parte movido primariamente pelo dever de fazer a sua parte no plano que foi posto em vigor pelos membros autorizados.

Tomemos um exemplo simples (TUOMELA, 2012; TUOMELA, 2013). Os sócios de um clube que queiram pintar uma casa – sua sede – terão como razão motivadora de sua ação o fato de a pintura da casa estar gasta. É com base nisso que o grupo formado pelos sócios, como um ente com capacidade de ação própria, forma a intenção de, pela ação de seus membros, fazer com que (*see to it that*) a casa seja pintada. Se tudo correr bem e a intenção de pintar a sede puder ser legitimamente atribuída ao grupo, então os membros têm um certo compromisso entre si de fazer a sua parte na realização dessa intenção. Isso significa que um membro deve fazer a sua parte na ação coletiva (digamos, pintar as janelas laterais) mesmo que não concorde que a sede precise ser pintada. Ele aceita que foi voto vencido.

A perspectiva de um observador é diferente. Para ele, a ação terá características análogas à ação de um indivíduo (TUOMELA, 2012) e apontará razões que poderiam ser formuladas no singular, em modo-nós (*o grupo está pintando a sede porque a pintura do prédio está gasta*)[7].

Pode-se dizer que o grupo formado pelos sócios, tomado enquanto um agente análogo a um agente individual, aceita como razão para agir (razão de grupo-agente) o fato de que a casa precisa de pintura, o que foi discutido (atitudes em modo-nós de membros) e decidido em assembleia. Por outro lado, a razão dos sócios para agirem conjuntamente (razões de membros) será, possivelmente, o fato de que o grupo formou a intenção de pintar a casa. Isso reflete uma diferença de perspectivas. Externamente, o grupo manifesta-se como um agente unitário, cuja racionalidade se mede por sua capacidade de realizar seus objetivos de maneira competente. Internamente, o grupo manifesta-se pela interação

7 Para grupos suficientemente pequenos, às vezes falamos no plural (*eles carregaram a mesa porque precisavam tirá-la do caminho*), mas a estrutura da ação é essencialmente a mesma. Se trocarmos *eles carregaram* por *a dupla carregou*, teremos o mesmo significado.

entre membros, ordenada por regras formais ou acordos tácitos[8]. As figuras 1 e 2 ilustram a diferença entre as duas perspectivas:

Figura 1: perspectiva externa para a ação de um grupo.

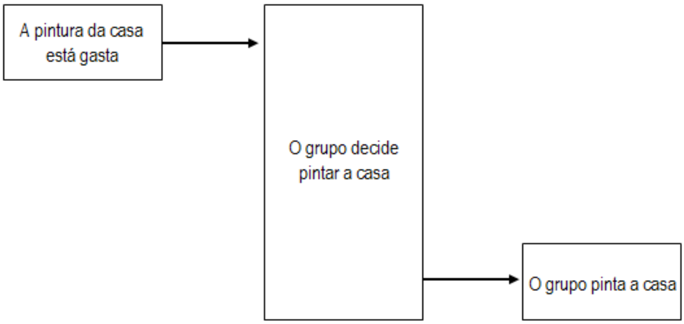
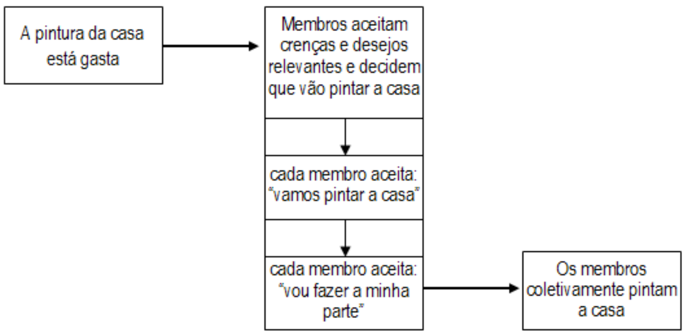


Figura 2: perspectiva interna para a ação de um grupo.



Esse exemplo destaca a diferença entre uma razão que os membros aceitam como um bom motivo para o grupo agir e uma razão que os membros entendem ter para fazer a sua parte nos planos do grupo:

8 Afirmar que uma perspectiva seja externa e a outra seja interna não significa que membros não possam adotar a primeira ou que um observador externo não possa adotar a segunda. Pelo contrário, o raciocínio em modo-nós para, por exemplo, conceber propostas de um plano de ação para o grupo, exige dos membros que adotem essa dita perspectiva externa. Por sua vez, um observador externo pode estar interessado nas interações entre membros que geraram a intenção do grupo. Para isso, ele estudará o grupo da perspectiva interna; como uma série de atitudes individuais em modo-nós.

> A diferença conceitual central entre as razões de grupo-agente e as razões grupais de seus membros é que razões grupais no nível dos membros frequentemente envolvem elementos propriamente normativos, já que os membros estão unidos em virtude de constituirem o mesmo grupo-agente e, portanto, normativamente estão impedidos, em virtude de sua associação, de abandonar o grupo (TUOMELA, 2013, p. 39 e 40).

Essa diferença marca o limite entre o agenciamento dos membros individuais e o agenciamento autônomo grupo ao qual fazem parte. As razões de membros funcionam como uma espécie de ponte entre as razões do grupo-agente e a atitudes em modo-nós dos membros: os interesses do grupo só podem ser satisfeitos se os membros estiverem comprometidos a fazer a sua parte. Isso gera uma obrigação contextual a cada indivíduo. Essa obrigação consiste em adotar a perspectiva coletiva dos interesses do grupo, reconhecer conjuntamente com os outros membros atitudes como sendo do grupo e fazer a sua parte para que a ação seja realizada. Em contextos nos quais é importante distinguir as responsabilidades do grupo e dos membros por crenças, intenções ou ações – quando há o cometimento de um crime, por exemplo – conhecer os limites do agenciamento de grupo pode ser determinante. Naturalmente, o direito oferece vários exemplos de situações em que razões em modo-nós são centrais. Um deles são as fundamentações colegiadas dos acórdãos.

Fundamentação e dispositivo como julgamentos da corte

De volta ao direito, podemos pensar em cortes como grupos em modo-nós, já que há certa hierarquia, na atuação dos membros de tribunais, entre os objetivos institucionais e os interesses e opiniões pessoais de seus membros. A legislação atribui diversas competências a instituições e espera-se que tais competências sejam exercidas pelos membros coletivamente, como partes integrantes de um grupo. Esse é o caso das competências do Supremo.

O exercício das competências da corte satisfaz as três condições de Tuomela (2013) para a caracterização de uma ação em

modo-nós. Primeiramente, para que ele possa exercer tais competências, há um plano de grupo (*julgar determinados casos segundo tais e quais regras*) que é endossado e seguido pelos membros. Posteriormente, há uma convergência de propósitos entre os membros, de forma que todos reconhecem os ritos necessários para a execução do plano, e um não cumpre inteiramente seu papel de magistrado sem que os demais também o façam. Por fim, há uma normatividade interna ao grupo – cada membro se sente obrigado a cooperar com os demais em alguma medida.

Naturalmente, a principal ação de grupo realizada por cortes é julgar demandas a elas endereçadas. Nesse tipo de ação, as razões para agir têm um papel de destaque, já que decisões judiciais precisam ser fundamentadas. Ou seja, a ação de julgar uma demanda é constituída, em linhas gerais, pela decisão sobre a procedência ou improcedência do pedido e pela apresentação das razões que fundamentam a decisão.

Nem sempre decisões jurídicas são justificadas por razões apresentadas pela autoridade competente para a decisão. Muitas delas tiram sua legitimidade de outras considerações que não a apresentação de motivos que as justifiquem (SCHAUER, 1995). Elas podem justificar-se pela autoridade de quem a proclama, tornando irrelevantes as razões para decidir, como no caso das decisões legislativas; ou simplesmente pode não ser possível falar em razões, como no caso de julgamento por tribunal do júri. Mas, para algumas decisões, como as decisões judiciais, é importante que elas sejam fundamentadas, ou seja, é importante que o julgador apresente suas *razões para decidir*. Aqui, razões para decidir tomam a forma de atitudes sobre proposições jurídicas. De maneira geral, razões para decidir incluem normas e estados de coisas. Por exemplo, posso citar como minha razão para decidir comprar em uma loja mais cara que a concorrente a *regra* que eu sigo de nunca comprar em lojas que tratam mal seus funcionários e o *fato* de que a loja mais barata está sob suspeita de infringir direitos trabalhistas.

Dentre as atitudes sobre proposições jurídicas, as posições normativas das cortes são especialmente interessantes, porque elas têm implicações mais amplas, para além das partes. Por isso, razões para decidir referem-se geralmente à regra que o julgador

apresenta ao proferir sua decisão e às quais, por isso, se compromete futuramente (SCHAUER, 1995).Outra parte da fundamentação das decisões judiciais diz respeito à descrição dos fatos relevantes do caso. Essa classe de razões, portanto, não se referem às regras aplicáveis; não têm como conteúdo proposições sobre o direito. São os julgamentos normativos[9], os que enunciam regras de decisão, que comprometem a corte futuramente e que, por isso, interessam ao público em geral, para além das partes no processo.

Essas razões descrevem uma classe de situações ou regras mais genéricas que a da decisão, que abranja outros casos que compartilhem com essas características que o julgador considera relevante (SCHAUER, 1995). Segundo Schauer, a abrangência de uma proposição jurídica diz respeito às situações às quais a regra é aplicável. Isso significa que apresentar uma razão significa transportar algum resultado, regra, princípio para um nível superior de generalidade. Por exemplo, uma regra que estabeleça a responsabilidade por vício do produto aos fornecedores de produtos duráveis abrange outra regra que estabeleça tal responsabilidade para fabricantes de carros, que, por sua vez, abrange uma decisão que responsabilize determinada montadora por defeito em um de seus carros.

Quando dizemos que *x porque y* – sendo *x* e *y* duas proposições jurídicas –, estamos, primeiramente, afirmando que *x* e *y* – além de afirmar a relação entre elas. Ao dizer que decidiu por determinada razão, o julgador está tornando pública sua aceitação de ambas as proposições jurídicas. Também significa que, admitindo-se que ele esteja sendo sincero quando apresenta razões, ele está assumindo um compromisso, indicando a intenção de futuramente decidir baseado na mesma razão[10]. Justificar uma ação com referência a razões comunica que o julgador reconhece tais razões como convincentes e as aceitaria novamente em

9 Muitas vezes, mesmo quando enunciam regras, razões apresentam-se como proposições sobre o direito vigente. Rigorosamente, são proposições descritivas, mas como as decisões mais importantes tomadas pelas cortes mais altas envolvem casos difíceis, pode-se dizer que a interpretação do direito vigente esbarra na argumentação normativa.

10 Essa é uma intenção presente de agir futuramente. Ela é diferente da intenção de aceitar ou não essas mesmas razões que o agente virá a formar futuramente, no momento em que for confrontado com uma situação relevante. Sobre isso, ver a discussão de Margaret Gilbert (2003) sobre a decisão de decidir futuramente sobre uma ação.

situações semelhantes. Se alguém me pergunta *por que você está carregando um guarda-chuva?* e eu respondo *porque há previsão de chuva* (SCHAUER, 1995), eu estou tacitamente endossando a regra segundo a qual *devemos carregar um guarda-chuva quando há previsão de chuva*. Essa regra, nesse contexto, enquadra-se na definição de Schauer de razão, já que tem na minha ação uma de suas instâncias. E o fato de eu afirmá-la para explicar a minha ação significa que eu a endosso.

Se isso estiver correto, apresentar razões nos compromete duplamente: com a afirmação da proposição mais geral e com outras instâncias dessa proposição; ou seja, com a situação presente e com as inúmeras situações hipotéticas que o futuro pode reservar. Esse compromisso gera nas demais pessoas a expectativa de que eu vá agir de maneira semelhante quando a oportunidade se manifestar. Todas as coisas consideradas, se eu me comprometo explicitamente com a regra segundo a qual *devemos carregar um guarda-chuva quando há previsão de chuva*, é natural que outras pessoas criem a expectativa de que eu vá carregar meu guarda-chuva amanhã, caso a previsão seja de chuva de novo.

Dependendo do contexto, pode ser que, mais do que somente uma expectativa, a razão que um julgador apresente dê causa a um senso de obrigação a alguém que, por exemplo, precise coordenar suas próprias ações com as deles. Nesse sentido, razões se parecem com promessas (SCHAUER, 1995). Práticas como fazer promessas e apresentar razões existem, em parte, para que as pessoas comuniquem a intenção de agir futuramente de uma determinada forma e também a intenção de assumir presentemente a obrigação moral com o interlocutor de agir assim. Se isso estiver certo, e se as práticas jurídicas forem suficientemente parecidas com as práticas ordinárias, então uma das funções da fundamentação nas decisões judiciais é a de obrigar, ainda que apenas moralmente, os julgadores em casos futuros.

A conclusão é que a fundamentação das decisões judiciais transmite uma informação muito importante para a compreensão do direito vigente, sejam os precedentes vinculantes ou não: ela expressa as razões endossadas pelo julgador e com as quais ele se compromete para casos futuros. Essa função é crucial em uma corte suprema, já que ela regula a aplicação de todo o sistema

jurídico do qual faz parte. Interpretar razões endossadas por essa corte é uma atividade central para qualquer operador do direito.

Acórdão

Mas como encontramos essas razões para decidir? Vemos que a caracterização de uma corte suprema como agente ilumina aspectos centrais de sua prática. A relação entre razão para agir (os fundamentos da decisão) e ação (a decisão sobre o pedido) está no cerne no dever de fundamentação das decisões judiciais. E essa relação é expressa ao final do julgamento em um documento público. A ação de grupo realizada pela corte é o julgamento e seu resultado, o acórdão. O acórdão nos dá a apresentação oficial dessa ação.

Há diferentes formas pelas quais os colegiados podem apesentar suas decisões. Uma distinção importante é se a decisão é apresentada como uma única voz ou como uma multiplicidade de vozes. O modelo de redação da decisão adotado pelas cortes brasileiras é conhecido como *seriatim*. Nele, cada membro julgador da corte publica sua opinião ou voto[11] separadamente (HENDERSON, 2007; RAFFAELLI, 2012; MENDES, 2013; SILVA, 2013). O que caracteriza esse método é a publicação do conjunto das opiniões individuais dos membros como o resultado do processo decisório. A decisão da corte é formada através da agregação das atitudes individuais dos membros, que são publicadas ao final. Ou seja, cada membro redige um documento contendo sua posição sobre como solucionar o caso; a corte não redige tal documento.

A alternativa ao seriatim chama-se *per curiam*. Em um modelo puramente *per curiam*, quem se manifesta ao final do processo é o órgão decisor, ao invés de seus membros. Na prática, as mani-

11 É mais usual falar em *votos* na prática decisória dos tribunais brasileiros, enquanto o termo *opinião* (*opinion*) é mais recorrente internacionalmente. Vale notar uma diferença importante entre esses termos. Em cortes como a Suprema Corte dos EUA, tanto os membros quanto elas próprias produzem opiniões: o julgamento termina com um *opinion of the court* coletivo, mas podem haver *dissenting* ou *concurring opinions* redigidos individualmente pelos *Justices*. Esse termo parece descrever um documento produzido por um julgador sobre um caso. Um voto, por sua vez, não poderia ser atribuído à corte, pois ele reflete uma proposta de um membro sobre como a corte deveria se manifestar.Quando chamamos as manifestações individuais de votos, estamos tornando saliente seu caráter parcial, o fato de ele ser um componente da decisão final coletiva. É verdade que os votos também costumam ser *opinions*, no sentido de serem decisões completas para o caso.

festações individuais dos membros podem ser restritas em diferentes níveis. O sistema judicial francês, por exemplo (RAFFAELLI, 2012), submete-se ao princípio do sigilo das deliberações. O Conselho de Estado francês decidiu que este princípio veda não só a publicação de divergências, mas mesmo a apresentação de decisões como unânimes, já que isso identifica a posição de cada membro. Na Europa continental, apenas a Espanha e a Estônia autorizam os membros de suas cortes ordinárias a publicarem divergências.

Essas duas categorias dizem respeito menos ao modelo de tomada de decisão que ao modelo de redação do acórdão. Tanto que é possível haver *seriatim* deliberativa ou *seriatim* meramente agregativa (MENDES, 2013; MENDES, 2012)[12]. Da mesma forma, em sistemas como o francês, a regra de formação da atitude coletiva simplesmente não é divulgada. Não se sabe se a decisão é tomada por barganha, simples votação, deliberação ou algum outro mecanismo.

Apesar de não refletir necessariamente o processo de formação da atitude coletiva, a redação da decisão da corte pode ter implicações sobre como identificar a decisão coletiva. Ou seja, a interpretação da jurisprudência da corte, que é um exercício de atribuição de atitudes a um grupo, é determinada pelas informações documentadas nas decisões. Por exemplo, Kornhauser (2015) entende que uma corte *seriatim* expõe uma natureza predominantemente agregativa, pois seus membros julgam como se estivessem decidindo sós. Mesmo que tenham deliberado dedicadamente, a publicação *seriatim* das posições dos membros indica uma decisão coletiva formada a partir de uma série de decisões individuais[13]. O mesmo é verdadeiro em relação à cortes

12 Este trabalho não trata dos diferentes modelos de tomada de decisão, mas eles são relevantes para a compreensão da constituição do agenciamento de grupos nas cortes. Decisões podem ser formadas pela combinação de posições individuais dos membros, agregadas por meio de um procedimento de votação. Alternativamente, as decisões podem ser produto da deliberação racional, orientada para a formação de um consenso entre os membros. Outros fatores que orientam a análise das regras de decisão da corte incluem o grau de publicidade das deliberações internas, o grau de politização dos membros e o poder de agenda do presidente do tribunal. Para uma investigação teórica sobre esses modelos, ver MENDES, 2013.

13 É verdade que uma prática deliberativa orientada para o consenso, como alguns deliberativistas prescrevem (MENDES, 2013; SILVA, 2013), provavelmente restringe a quantidade de opiniões individuais publicadas. Para um observador externo, decisões de uma

per curiam: a imagem que suas decisões transmitem é de uma corte perfeitamente coesa, onde opiniões individuais dos membros não têm qualquer relevância. Decisões *seriatim* desencorajam a percepção de um julgamento consensual da corte, enquanto decisões *per curiam* desencorajam a percepção de julgamentos independentes de magistrados individuais.

Esse ponto é importante. O modelo de redação dos acórdãos, se incorpora votos individuais e se inclui uma opinião da corte, revela as práticas constitutivas da decisão colegiada, que é uma forma de ação de grupo. Um magistrado membro de uma corte pode ter opiniões individuais sobre o caso (atitudes em modo-eu), além de posições sobre como a corte deve decidir, sobre quais são suas regras de decisão e sobre quais são os limites da decisão efetivamente tomada (atitudes em modo-nós). Enquanto uma decisão *per curiam* denota a intenção conjunta dos membros de expressar apenas atitudes sobre o caso em modo-nós, uma decisão *seriatim* permite a coexistência de atitudes nos dois modos. Em outras palavras, o modelo *seriatim* implica na publicação de razões coletivas da corte com razões individualistas dos membros.

Relação entre decisões *seriatim* e o problema da demarcação

Como sustenta Schauer (2009), o conteúdo normativo interessante está na justificativa apresentada pelo julgador, pois são as razões explicitamente endossadas que geram um compromisso – *prima facie*, ao menos – para casos futuros. Isso é verdadeiro ainda que a justificativa não reflita fielmente o processo cognitivo que conduziu o julgador à decisão. Assim, o fundamental não é descobrir as chamadas razões subjetivamente motivadoras, aquelas que intencionalmente causam a ação (TUOMELA, 2012). O mais importante para um leitor dos acórdãos é identificar com quais posições a corte se comprometeu em um determinado caso.

Quando há a publicação de uma opinião da corte, essa é uma

---

tal corte *seriatim* que valorize o consenso frequentemente pareceriam com decisões *per curiam*. Porém, essas decisões consensuais *seriatim* afirmam implicitamente que os membros votaram juntos, dada a possibilidade sempre presente de publicação de votos divergentes.

questão trivial. Como diz Schauer, “a questão não é tanto extrair a *ratio decidendi* do caso, mas simplesmente ler o que a corte diz que é a *ratio decidendi*” (SCHAUER, 2009, p. 53). As coisas são muito mais difíceis no caso de decisões *seriatim*. Para fazer isso, precisamos primeiro encontrar critérios para distinguir as razões do grupo das razões de seus membros.

Antes, relembremos a diferença entre as perspectivas dos membros e do grupo. Razões de grupo-agente não são razões de membro. Elas são logicamente diferentes, ainda que eventualmente possam coincidir. Tomemos o exemplo da Suprema Corte dos EUA, cuja prática firmou como regra o respeito aos próprios precedentes. Podemos dizer que essa corte tem razões de grupo-agente para decidir em favor de uma parte, cujo direito é respaldado por precedentes. Consequentemente, a corte dá a seus membros, em razão da existência de um precedente, razões de membros para votarem pela procedência do pedido – que é uma regra da corte decidir em conformidade com os precedentes (doutrina do *stare decisis*); e que, no caso concreto, os precedentes relevantes são favoráveis à parte recorrente.

Um membro pode individualmente endossar uma teoria que dê prioridade absoluta à manutenção dos precedentes e, motivado por isso, votar pela procedência do pedido. Nesse caso, há coincidência entre razões aceitas pelo grupo e razões em modo-eu do membro. Ele votaria da mesma forma caso estivesse julgando o caso só. Outro membro, por sua vez, pode adotar uma posição diferente em relação aos precedentes: para ele, o fato de a corte ter decidido de determinada forma no passado não tem qualquer peso em decisões futuras. Mesmo nesse caso, considerando que o *stare decisis* é uma regra suficientemente importante para a corte, este membro terá a obrigação[14] de reconhecer essa regra como sua regra para decidir. Isso porque o grupo aceita a regra do precedente e o membro sabe disso.

O modelo de redação *seriatim* cria uma dificuldade para estabelecer essa diferença entre a posição oficial da corte e as posi-

14 A obrigação será decorrente do pertencimento ao grupo. Ela pode implicar também numa obrigação jurídica, mas não necessariamente. É possível imaginar uma corte que dê a seus membros suficiente liberdade para decidir o quanto estão dispostos a cooperar entre em favor de uma visão comum de sua própria prática decisória. O STF é provavelmente um exemplo.

ções individuais dos membros. Consideremos o caso do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Os votos dos ministros são redigidos anteriormente à audiência de julgamento e não há a redação de uma opinião pós-julgamento assinada por todos. Além disso, o procedimento de decisão exige apenas a votação dos ministros sobre a proposta do relator para a resolução do caso. Não há votação sobre quais são as razões que fundamentam a decisão. Em casos de dispersão de fundamentos (LEITE, BRANDO, 2016), alguém que se disponha a ler o acórdão terá grande dificuldade de identificar quais são os fundamentos para a decisão final, em oposição às posições individuais expressas nos votos dos ministros.

Admitindo-se que atitudes de grupos são constituídas pela sua aceitação conjunta dos membros coletivamente e na condição de membros, uma solução para o problema deve passar pela identificação dessa efetiva aceitação. A pergunta a se fazer é: quais indícios temos de que os membros endossam um determinado conjunto de proposições como aceitas pelo grupo?

Outra maneira de colocar a mesma questão é imaginando uma espécie de *metavotação* (KORNHAUSER, SAGER, 1993). Por exemplo, na votação de um caso, o resultado indica uma corte dividida. O resultado vencedor obteve apenas pouco mais que a metade dos votos. Uma metavotação sobre qual é o posicionamento da corte poderia ter a seguinte forma: *a maioria votou em favor do resultado x. Devemos agora adotar esse resultado como o julgamento da corte?* Podemos supor que, estando a corte funcionando regularmente, o resultado dessa segunda votação será unanimemente favorável. Ou seja, mesmo aqueles que se posicionaram contrários à posição que acabou vencedora geralmente aceitam que a posição vencedora é aquela a ser atribuída à corte. Ao posicionarem-se sobre uma proposta de julgamento para a corte, os membros estão tacitamente aceitando a legitimidade do procedimento de decisão e, consequentemente, aceitando como legítimo seu resultado, ainda que discordem dele.

O resultado de uma metavotação assim sobre o *resultado* do julgamento seria presumivelmente incontroverso, unânime, porque esse é o principal objetivo da atuação da corte. Uma corte que não é capaz apresentar uma resposta jurisdicional clara não

é um agente. Mas é possível que a metavotação seja incapaz de garantir um resultado incontroverso em relação aos *fundamentos* da decisão tomada. Ou seja, imaginemos que, ao final de uma decisão apertada, seis votos contra cinco, com dispersão de fundamentos, os ministros do Supremo sejam questionados: *a maioria votou em favor do resultado x, conforme proposto pelo relator. Devemos agora adotar os fundamentos do relator como os fundamentos para o julgamento da corte?* É muito mais difícil de prever como os ministros responderiam. A ausência de uma opinião da corte indicando quais são as razões de grupo-agente da corte para tomar determinada decisão faz com que as razões em modo-nós de membros sejam incertas. Não temos como inferir com segurança o que os ministros se sentem obrigados a reconhecer como posição da corte em casos assim. Em suma, podemos afirmar que decisões *seriatim* estão sujeitas à ameaça do problema da demarcação.

Problemas na formação de decisões coletivas fundamentadas, como o problema da demarcação, manifestam-se na falta de um protocolo de decisão inscrito no conjunto de regras procedimentais da corte. A ausência de um acordo claro entre membros sobre como a corte forma suas atitudes gera incertezas para o observador quanto a como se posiciona a corte em cada caso específico. Expressões em modo-eu e em modo-nós confundem-se na falta de um guia interpretativo para os acórdãos.

O conceito de razões de membros foi caracterizado por sua normatividade contextual: reconhecer que o grupo do qual faço parte decidiu agir me dá razões para fazer a minha parte no plano de ação. Cortes, como grupos-agentes que são, também dão razões a seus membros. O teste da metavotação pretende indicar justamente quais elas são. Se não esperamos que os magistrados reconheçam determinada proposição como atribuível à corte, então não podemos dizer que exista uma razão de membro claramente identificável.

Como lidar com o problema da demarcação? Essa é uma questão que não será tratada neste texto e sobre a qual muitos teóricos do direito estão se debruçando, ainda que usem um esquema conceitual diferente. No caso do STF, uma possibilidade curiosa se apresenta: o *delegacionismo* (ALMEIDA, BOGOSSIAN, 2016).

Uma pesquisa no banco de jurisprudência da página do Supremo na internet indica que uma prática se tornou dominante por volta de 2005 até hoje. Os relatores passaram a afirmar, na súmula dos acórdãos, que a decisão foi tomada "nos termos do voto do relator". A diferença entre um período e outro é enorme: até 2005, cerca de 4% das decisões do plenário continham a expressão na súmula do acórdão, contra cerca de 95% das decisões após 2005. O que esse dado parece indicar é que a corte delega ao relator a fundamentação de suas decisões colegiadas, através da aceitação conjunta dessa que se tornou uma prática dominante na corte. Há controvérsias sobre a viabilidade dessa interpretação (SILVA, 2016), mas essa pode ser uma saída para o problema da demarcação[15].

Considerações Finais

A pretensão deste artigo era apenas de definir o problema da demarcação e apontar condições para sua emergência. Trabalhos futuros devem ser capazes de articular uma hipótese sobre sua ocorrência nos acórdãos de tribunais brasileiros e, eventualmente, testá-la. O protocolo de decisão coletiva do STF não é claramente identificável a partir da leitura de seus acórdãos. Isso gera aos leitores de suas decisões o ônus interpretativo de ter que coletar evidências em favor de uma ou de outra concepção de como a corte forma suas decisões. O plenário e as turmas do Supremo parecem ser bons lugares para procurar instâncias desse problema, e eles serviram como exemplo neste artigo, mas apenas uma investigação empírica é capaz de afirmar algo com segurança.

O Supremo adota como seus fundamentos apenas aquelas proposições sobre as quais seus membros concordam ao final das deliberações? Ou aquelas proposições que foram expressamente endossadas pelos que compõem a posição majoritária? Ou aquelas apresentadas pelo relator? Os critérios de identificação dos

15 Almeida e Bogossian (2016) apresentam ainda duas alternativas: o *agregativismo*, ou a ideia segundo a qual a posição coletiva sobre os fundamentos é formada pela agregação das posições individuais dos ministros, tal como se houvesse uma votação sobre quais razões para decidir a corte endossa; e o *negacionismo*, ou a posição segundo a qual, como não há critérios claros de formação de uma posição coletiva sobre os fundamentos, a corte simplesmente não é capaz de fundamentar suas decisões e toma suas decisões de maneira semelhante ao parlamento.

fundamentos coletivos mudam caso a caso? Não há fundamentos coletivos nas decisões do STF? As dúvidas são inúmeras.

Referências

ALMEIDA, Danilo; BOGOSSIAN, Andre. “Nos Termos do Voto do Relator”: considerações acerca da fundamentação coletiva dos acórdãos do STF. **Revista de Estudos Institucionais**, vol. 2, n. 1, p. 263-297, 2016.

ARICO, A.; BRIAN, F.; GOLDBERG, R.; NICHOLS, S. The Folk Psychology of Consciousness. **Mind & Language**, vol. 26, n. 3, p. 327-352, 2011.

BOGOSSIAN, Andre; ALMEIDA, Danilo. É Possível Falar em Precedentes “do Supremo”? **JOTA**, 2016. Disponível em: http://jota.uol.com.br/e-possivel-falar-em-precedente-supremo.

CHURCHLAND, Paul. Functionalism at Forty: a critical retrospective. **The Journal of Philosophy**, vol. 102, n. 1, p. 33-50, 2005.

GILBERT, Margaret. The Structure of the Social Atom: joint commitment as the foundation of human social behavior. In. SCHMITT, Frederick (org.) **Socializing Metaphysics**: the nature of social reality. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2003, p. 39-64.

HENDERSON, M. Todd. From Seriatim to Consensus and Back Again: a theory of dissent. **Supreme Court Review**, n. 283, p. 283-344, 2007.

KNOBE, Josh; PRINZ, Jesse. Intuitions About Consciousness: experimental studies. **Phenomenology and the Cognitive Sciences**, vol. 7, n. 1, p. 67-83, 2008.

KORNHAUSER, Lewis. Decidindo Juntos. **Revista Estudos Institucionais**, vol. 1, n. 1, p. 38-61, 2015.

KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. The One and the Many: adjudication in collegial courts. **California Law Review**, vol. 81, n. 1, p. 1-59, 1993.

LEITE, Fábio; BRANDO, Marcelo. Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 48, p. 139-166, 2016.

LEVIN, Janet. Functionalism. In. ZALTA, Edward (org.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. 2016. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/functionalism/>.

LEWIS, David. Psychophysical and Theoretical Identifications. **Australasian Journal of Philosophy**, vol. 50, n. 3, p. 249-258, 1972.

MALLE, Bertram. The Social and Moral Cognition of Group Agents. **Journal of Law and Policy**, vol. 19, n. 1, p. 95-136, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. O Projeto de uma Corte Deliberativa. In:

VOJVOVODIC, et al (orgs.) **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 53-74.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2013.

O'LAUGHLIN, Matthew; MALLE, Bertram. How People Explain Actions Performed by Groups and Individuals. **Journal of Personality and Social Psychology**, vol. 82, n. 1, p. 33-48, 2002.

RAFFAELLI, Rosa. Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member States. European Parliament. **Directorate General for Internal Policies**, 2012. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201304/20130423ATT64963/20130423ATT64963EN.pdf.

SCHAUER, Frederick. Giving Reasons. **Stanford Law Review**, vol. 47, n. 7, p. 633-659, 1995.

SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SEARLE, John. Collective Intentions and Actions. In: Cohen, P.; Morgan, J.; Pollack, M. (orgs.) **Intentions in Communication**. Cambridge: MIT Press, 1990, p. 401-416.

SILVA, Virgílio. Deciding Without Deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

SILVA, Virgílio. "Um Voto Qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Estudos Institucionais**, vol. 1, n. 1, p. 180-200, 2015.

SILVA, Virgílio. O Relator Dá Voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian. **Revista de Estudos Institucionais**, vol. 2, n. 2, p. 648-669, 2016.

STICH, Stephen, NICHOLS, Shaun. Folk Psychology. In. STICH, Stephen, WARFIELD, Ted (orgs.) **The Blackwell Guide to Philosophy of Mind**. Malden: Blackwell Publishing, 2003, p. 235-255.

TUOMELA, Raimo. Group Reasons. **Philosophical Issues**, vol. 22, n. 1, p. 402-418, 2012.

TUOMELA, Raimo. **Social Ontology:** collective intentionality and group agents. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013.

VOJVODIC, A.; MACHADO, A.; CARDOSO, E. Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**, vol. 5, n. 1, p. 21-44, 2009.

A dignidade humana em Dworkin e sua influência para os problemas de biodireito

Thaís Cristina Alves Costa[1]

Este trabalho tem como objetivo analisar a concepção de dignidade humana aplicada a questões centrais envolvendo problemas de ética prática. Para isso, será analisado o pensamento do Ronald Dworkin, tendo como ponto de partida a obra *Domínio da vida* (1993), na qual o conceito de dignidade humana é desenvolvido para a solução de problemas de biodireito e ética aplicada. Neste texto, a questão por excelência é compreender em que medida nos é permitido matar ou lançar mão de nossas próprias vidas nos momentos em que a vida parece ter perdido a sua dignidade. Assim, o problema da dignidade humana surge como um complemento ao que Dworkin chama de *santidade da vida*. Para a devida compreensão, apontaremos, primeiramente, uma definição conceitual para dignidade humana (distinguindo-o de sacralidade da vida e da noção de valor intrínseco derivado daquela) para, posteriormente, estabelecer sua aplicação em casos concretos de ordem prática, a saber: a eutanásia e o aborto.

---

1 Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel), atualmente, aluna visitante na modalidade intercâmbio em Direito pela Universidade de Lisboa (FDUL). E-mail: costa.thaisalves@gmail.com.

A concepção de dignidade humana

Antes de tudo, é importante compreendermos que Dworkin possui uma visão secularizada de dignidade humana, pautada em dois princípios que a sustentam. Primeiro, existe o princípio do valor intrínseco, o qual sustenta que a vida humana possui valor objetivo e, por isso, todas as ações da vida humana são analisadas por todos em termos de querer (*want*) ou reprovar (*deplore*). Segundo, há o princípio da responsabilidade pessoal, segundo o qual todos os indivíduos são responsáveis pelo desenvolvimento de sua própria potencialidade. Por sua vez, estes dois princípios são esclarecidos pelo valor da equidade e da liberdade[2]. Posteriormente, em sua obra tardia *Justice for Hedghogs*, Dworkin ampliará esses dois princípios para a ideia de *self- respect*[3], que é o indivíduo tendo condições de lidar consigo mesmo, ou seja, o respeito para com a sua própria vida, e *authenticity*[4], que é o respeito para com o outro, fortalecendo a ideia de responsabilidade. Essas formulações implicam em deveres éticos valiosos, como as orientações de como vivermos bem, como devemos tratar os outros e nos relacionar em comunidade.

O *self-respect* é previsto não apenas na relação dos indivíduos consigo mesmo, mas também em relação ao outro e ao Estado. Para isso, constitui-se das ideias centrais de consideração igual dos indivíduos e do valor da vida, defendendo que a vida de cada pessoa deve ser bem-sucedida do ponto de vista objetivo e que deve ter valor igual para cada um, de modo que não possa ser desperdiçada. Nesse sentido, independentemente das diferentes

2 Woods, no capítulo *Globalization, human rights and the environment* de sua obra *Human Rights and Environmental Sustainability* (2010), desenvolve de forma mais apurada a influência destes dois elementos tidos por ele como 'esclarecedores' para a concepção de dignidade humana em Dworkin. Ao falar da equidade e liberdade, Wood afirma que "*the difficulty with these principles as an explanation of human dignity is that Dworkin does not explain, so much as assert as fact, the claim that human life has objective value, which dignity is itself invoked to explain in human rights documents*" (WOODS, 2010, p. 32).

3 Dworkin afirma acerca do *self-respect* que "each person must take his own life seriously: he must accept that it is a matter of importance that his life be a successful performance rather than a wasted opportunity" (DWORKIN, 2011, p. 203).

4 Em relação ao princípio da *authenticity*: "each person has a special, personal responsibility for identifying what counts as success in his own life; he has a personal responsibility to create that life through a coherent narrative or style that he himself endorses" (DWORKIN, 2011, p.208).

concepções de vida, as pessoas devem buscar algum projeto de vida. E, para isso, todos devem ter os recursos necessários, tais como uma nutrição adequada e condições mínimas para alcançar seus objetivos. Essa defesa atribui importante papel para o Estado, pois é ele o responsável por essa garantia na tentativa de diminuir as desigualdades reais entre os sujeitos da sociedade.

O segundo princípio, *authenticity*, é caracterizado pela responsabilidade, no qual uma pessoa tem compromisso com seu próprio sucesso. O primeiro princípio vincula-se ao segundo, na medida em que a pessoa precisa ter responsabilidade para com ela mesma e com os outros, o que configura importante papel dos indivíduos para com a sociedade. Não há contradição entre igualdade de importância da vida para alcançar algum resultado e responsabilidade especial pelo seu sucesso, haja vista que os dois são dimensões de dignidade humana, um de igual consideração e respeito[5] e o outro da responsabilidade pessoal[6].

Segundo Dworkin (2009), o direito à dignidade pode ser entendido como "(...) o direito de viver em condições quaisquer que sejam, nas quais o amor-próprio é possível ou pertinente (...) direito de não ser vítima da indignidade" (p. 333). Em outras palavras, é o direito da pessoa não ser tratada com desrespeito dentro da comunidade e cultura na qual vive. Resulta dessa definição que, por exemplo, devemos tratar, de forma digna, presidiários; ou, na forma negativa, porque existe a impossibilidade de tratá-los de maneira considerada cruel. Ora, para Dworkin, podemos até privar a autonomia dessas pessoas, mas não desrespeitar a sua dignidade. Nesse sentido, o pressuposto da dignidade enquanto regulador das ações dos indivíduos e do Estado exige que a comu-

5 Acerca da igual consideração, Dworkin (2005) afirma: "a consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania – e, quando as riquezas da nação são distribuídas de maneira muito desigual, como o são as riquezas de nações muito prósperas, então sua igual consideração é suspeita, pois a distribuição das riquezas é produto de uma ordem jurídica: a riqueza do cidadão depende muito das leis promulgadas em sua comunidade – não só as leis que governam a propriedade, o roubo, os contratos e os delitos políticos, de regulamentação ambiental e de praticamente tudo o mais" (p. ix).

6 Segundo Dworkin (2011): "*together the two principles offer a conception of human dignity: dignity requires self-respect and authenticity. The distinction between the two principles may seem artificial; each could easily be called by the other's name. You cannot think it important that you choose values around which to live your life unless you think it important that your life have value*" (p. 204).

nidade lance mão de qualquer recurso necessário para assegurá-lo. No caso do presidiário, mesmo que a pessoa seja privada de liberdades (limitação da autonomia), isso não nos autoriza a um tipo de tratamento que comprometa sua condição de dignidade ao impor tortura, trabalho escravo, privação de alimentação, assistência jurídica, alojamento com mínimo de infraestrutura, etc.

Nessa perspectiva, o tratamento indigno pode proporcionar a perda do amor-próprio, o que Dworkin considera a pior privação que o sujeito pode sentir. No seu entender, a dignidade possui duas vozes conectadas: uma *voz passiva* e uma *voz ativa* (DWORKIN, 2009). A *voz ativa* é a dignidade que nós exigimos que os outros tenham para conosco, pressupondo-se também que "(...) as pessoas se importam e devem importar-se com sua própria dignidade" (DWORKIN, 2009, p. 339). Por outro lado, a *voz passiva* é a dignidade que os outros requerem que tenhamos com eles. Logo, a concepção de dignidade dworkiniana exige que o outro seja tratado com dignidade, na mesma medida em que eu também exijo ser tratado.

Dentre as formas de indignidade, a pior delas seria infringir a indignidade a uma pessoa de forma a torná-la indiferente a outras indignidades, ou seja, tornar o outro alheio à situação de indignidade em que vive. Nesse sentido, o não reconhecimento da indignidade pela vítima é cruel, inclusive, para os demais indivíduos que reconhecem a privação daquele e o percebem como totalmente violado/ferido em seu valor intrínseco. De acordo com Dworkin, o direito à dignidade é "o direito a que os outros reconheçam os seus verdadeiros interesses críticos: que reconheçam que ela é o tipo de criatura cuja posição moral torna intrínseca e objetivamente importante o modo como sua vida transcorre. A dignidade é um aspecto central do valor (...) a importância intrínseca da vida humana" (DWORKIN, 2009, p. 337).

Para Dworkin, a vida humana possui, inevitavelmente, valor intrínseco, ou seja, contém um valor em si mesma. Nesse sentido, Dworkin retoma a concepção de dignidade humana kantiana, utilizando-se de uma leitura comum ao paradigma contemporâneo de dignidade[7], na qual a ideia de dignidade em Kant

7 Sensen, na obra *Kant on human Dignity*, afirma que há duas maneiras de interpretar a dignidade humana em Kant, uma é a concepção baseada no paradigma contemporâneo de dignidade, a qual é entendida como um conceito com fortes implicações morais em

seria o valor intrínseco a partir do qual nós devemos respeitar os outros. Dworkin parte do imperativo categórico[8], o princípio segundo o qual as pessoas devem ser tratadas como fins, nunca simplesmente como meios, para ressaltar a sua concepção de dignidade humana. Segundo ele, "(...) esse princípio não exige que as pessoas nunca sejam colocadas em desvantagem com o objetivo de oferecer vantagens a outras, mas sim que nunca sejam tratadas de maneira que se negue a evidente importância de suas próprias vidas" (DWORKIN, 2009, p. 339). Dessa forma, não haveria problema em uma pessoa lançar mão de vantagens próprias para garantir a dignidade do outro. Além disso, Dworkin reafirma sua visão não metafísica ao propor uma concepção secularizada de dignidade humana que vai ao encontro das visões contemporânea de direitos humanos não contextualizadas, nem ornamentadas ontologicamente[9]. Como afirma Woods (2010): "*a secular notion of inherent human dignity would have to assert that there is meaning and worth in humanity in the context of a view of the universe as meaningless or at least a view that is agnostic about the possibility of meaning. Humanity, then, is the only solid reference point*" (p. 32).

Análise de biodireito e a questão da eutanásia

Além dos esclarecimentos conceituais necessários, os *usos* de sua concepção de dignidade humana para questões de bio-

---

que o valor inerente ao indivíduo é visto como dever de respeito ao outro. Ao passo que a outra interpretação é a concepção tradicional de dignidade, na qual a dignidade em Kant é concebida como sublimidade (elevação) e não como um valor por si, que rende direitos. Nesse sentido, a dignidade da humanidade refere-se a ideia de que o ser humano, por ser livre, está acima do restante da natureza (sentido aristocrático). Essa última concepção é, para Sensen, a interpretação adequada do pensamento kantiano.

8 Tugendhat (1997), apenas para citar, argumenta que, "na medida em que respeitamos um ser humano como um sujeito de direito e isso quer dizer como um ser, para com o qual temos deveres absolutos, nós lhes conferimos dignidade e um valor absoluto" (p. 155). Isso reforçaria a ideia de que a máxima kantiana de não instrumentalizar ninguém implica o respeito ao ser humano.

9 Perry (1998) coloca algumas dificuldades ao pensamento de Dworkin neste ponto: "*Dworkin seems to be using 'sacred' in what we can call a weak, or 'subjective', sense – something (e. g., a human life) is sacred because, or in the sense that, it inspires awe in us and we attach great value to it – rather than in the Strong, or 'objective', sense – something is sacred and therefore it inspires awe in us and we attach great value to it*" (p. 28). (nessa passagem, ele não parece estar colocando dificuldades, mas sim explicando)

direito ajudam a esclarecer sua proposta. Passemos agora ao seu *uso* na problemática envolvendo a eutanásia[10]. Ao lidar com este problema, Dworkin afirma que antes de qualquer coisa deve-se considerar o estado do paciente. (a) Ele está consciente e é capaz de autonomia. (b) Ele está consciente, porém não é competente fisicamente para exterminar a sua vida. Nessa situação, ele precisaria da ajuda de outra pessoa para *garantir* sua morte. É o caso de eutanásia ativa, em que o médico auxilia o paciente no seu intento de pôr um fim à vida. (c) O paciente está inconsciente, ou seja, em estado vegetativo ou em coma persistente, de modo a não sentir e nem responder a estímulos externos. Por sua vez, cada situação em particular precisa, necessariamente, levar em consideração três elementos para a tomada de decisão em cada caso: (a) autonomia, (b) interesses fundamentais do paciente e (c) sacralidade da vida.

A *autonomia* é o paciente ser capaz de agir com discernimento e autodeterminação. Para tanto, a tomada de decisão livre e sensata do indivíduo requer que ele seja informado pelo médico sobre sua real condição de vida e para que possa escolher o que considerar mais conveniente naquele momento. Além disso, o paciente tem também seus *interesses fundamentais*, ou seja, aquilo que realmente importa para ele, estando ele no momento capaz ou não de decidir.

Por sua vez, a *sacralidade da vida* é o elemento da sacralidade humana. Em outras palavras, é a vida humana considerada como intrinsecamente valiosa. Nesse sentido, se assegurado o valor intrínseco da vida do paciente, pode-se ir contra seus interesses, pois a vida em si teria valor sagrado e inquestionável. Acerca disso, afirma Dworkin: "(...) uma coisa é intrinsecamente valiosa,

---

10 O primeiro pensador a fazer uso do termo eutanásia foi Bacon em 1623, na obra *Historia Vitae et Mortis*, que a considerava como *tratamento adequado as doenças incuráveis*. De maneira geral, entende-se por eutanásia quando uma pessoa causa deliberadamente a morte de outra que está mais fraca, debilitada ou em sofrimento. Neste último caso, a eutanásia seria justificada como uma forma de evitar um sofrimento acarretado por um longo período de doença. Tem sido utilizado, de forma equivocada, o termo *ortotanásia* para indicar este tipo de eutanásia. Esta palavra deve ser utilizada no seu real sentido de utilizar os meios adequados para tratar uma pessoa que está morrendo. O termo eutanásia é muito amplo e pode ter diferentes interpretações. Um exemplo de utilização diferente da que hoje é utilizada foi a proposta no século XIX, os teólogos Larrag e Claret, na obra *Prontuários de Teologia Moral*, de 1866. Eles utilizavam eutanásia para caracterizar a morte em *estado de graça* (GOLDIM, 2014).

ao contrário, se seu valor for independente daquilo que as pessoas apreciam, deseja ou necessitam, ou do que é bom para elas" (DWORKIN, 2009, p. 99-100). O princípio da santidade da vida humana é visto com muitas ressalvas por Dworkin, ora porque não respeita a autonomia do paciente ou interesse da família, ora porque visa à quantidade de vida, independentemente da qualidade. Nesse sentido, o valor intrínseco da vida significa o respeito pela vida em si mesma, desinteressada de qualquer fato ou fundamento. Por ser assim, deve-se preservar a vida indeterminadamente, mesmo quando este não for o interesse do paciente ou de seus familiares.

Porém, esta manutenção da vida se contrapõe à visão de que se deve respeitar o limite natural da mesma, o que se reflete no correto significado do que é ter uma vida (manutenção) ou morte (eutanásia) digna. Dworkin leva em consideração a eutanásia quando a situação em que o indivíduo se encontra pode ser considerada *indigna*. A eutanásia que ocorre quando o paciente tem autonomia e meios físicos para sua realização é considerada um caso clássico do suicídio, pelo qual o paciente dá cabo da própria vida. Obviamente, esta visão diverge do posicionamento kantiano de um *imperativo categórico*, segundo o qual, nem se eu fosse o último ser humano da Terra, em total desgraça, ser-me-ia concedido o *privilégio* de tirar a própria vida. Entretanto, quando mudamos o cenário de fundo e o sujeito que deseja o suicídio o faz via recursos alheios, então temos caracterizada um situação em que um indivíduo auxilia outro a tirar sua própria vida. Este terreno é mais delicado, basta lembrarmos dos inúmeros exemplos que Dworkin oferece ao longo do seu texto, especialmente o caso do *Dr. Morte de Detroit*, médico que confeccionou uma máquina para que as pessoas em estado terminal pudessem realizar suicídio assistido[11].

A segunda hipótese diz respeito ao paciente que deseja terminar com sua vida, porém não dispõe dos meios físicos necessários. É o caso da eutanásia ativa, em que o paciente é auxiliado, na maioria dos casos, pelo médico ou até por familiares que reconhecem seu sofrimento ou seu desejo professo de não viver assim.

11 Jack Kevorkian sofreu quatro processos por suicídio assistido não sendo condenado por nenhum deles e recebendo o apoio das famílias dos que optaram pelo suicídio (DWORKIN, 1993).

No caso do médico, após este constatar que não há mais tratamento capaz de fazê-lo retornar de sua condição enferma e que a morte não tardará a vir, considerando a falta de um tratamento eficaz para o caso, este pode lançar mão da eutanásia ativa como um tipo de "(...) homicídio praticado com o intuito de livrar o doente, irremediavelmente perdido, dos sofrimentos que o atormentam" (DWORKIN, 2009, p. 263). Em outras palavras, livrá-lo da situação indigna em que ele se encontra. Como se observa, a questão é controversa e não faltam bons argumentos para os dois lados: pessoas que desejam continuar viva, ou seja, lutar até onde seja possível para manter-se neste mundo ou implorar pela autorização de abandoná-lo.

A terceira hipótese que Dworkin levanta diz respeito aos pacientes que estão em algum tipo de estado de inconsciência. Nesse caso, como proceder? Devemos autorizar um procedimento de eutanásia seguindo outras indicações que não a autonomia do paciente? Nestes casos, a família costuma ter papel determinante para a escolha, tanto pelo sim como pelo não. Normalmente, quando do sim, familiares se reúnem com a junta médica que lhes explicam a situação e o fim inevitável que aguardava a vítima para decidir o que fazer. A decisão de desligar o aparelho que mantém o indivíduo vivo é chamada de eutanásia passiva ou ortotanásia. Nesse caso, a justificativa estaria dada pelo *momento natural da morte*, não fazendo uso de meios artificiais para protelar uma situação não-natural. Este é o argumento daqueles que afirmam que dignidade da vida é também respeitar este momento natural da morte, ou seja, eutanásia negativa não seria moral e nem juridicamente errada.

A dúvida para este caso fica por conta da remota possibilidade do paciente voltar de seu estado vegetativo. Ou, então, diz-se que esta situação tem o agravante de que o paciente não estaria exercendo sua autonomia e que a decisão de desligar os aparelhos foi dada de forma arbitrária. Do que nos interessa, Dworkin apresenta a ideia de um valor intrínseco secular à vida como fazendo frente a tudo e, por conta disso, solaparia qualquer justificação de um procedimento eutanásico. Logo, a vida deveria ser protegida e resguardada em quaisquer circunstâncias. Entretanto, Dworkin apresenta um argumento interessante: ele afirmar que o mesmo

princípio da *sacralidade da vida* pode ser evocado por aqueles que desejam pôr fim à sua vida respeitando o processo natural de qualquer ser vivo. Quer dizer, manter-se vivo por meios artificiais não parece ser tão mais respeitoso à sacralidade da vida e à dignidade do que a deixar seguir o seu curso natural, ou seja, permitir sua morte. Segundo Dworkin,

> os que desejam uma morte prematura e serena para si mesmo ou para seus parentes não estão rejeitando ou denegrindo a santidade da vida; ao contrário, acreditam que uma morte mais rápida demonstra mais respeito para com a vida do que uma morte protelada. Uma vez mais, os dois lados do debate sobre eutanásia compartilham uma preocupação com a santidade da vida; estão unidos por esse valor e só divergem sobre a melhor maneira de interpretá-lo e respeitá-lo (DWORKIN, 2009, p. 341).

A cartada final de Dworkin é apelar para uma questão de qualidade, em detrimento da quantidade, de vida ao retomar o conceito de dignidade humana, no sentido de se respeitar o valor inerente de nossas próprias vidas. Segundo ele:

> é imperdoável ignorar por completo a grande importâncias dessas questões (...) deixar o destino de um amigo inconsciente ou demenciado nas mãos de estranhos de avental branco, com base no pressuposto de que não mais lhe importa o que possa acontecer (...) Para resumir: o maior insulto à sacralidade da vida é a indiferença ou a preguiça diante de sua complexidade (DWORKIN, 2009, p. 343).

Para Dworkin, o que está em jogo é a dignidade humana e essa dignidade preza a liberdade de consciência para as nossas escolhas, assim como o compromisso comunitário para questões que envolvem esta sacralidade da vida humana. Independentemente de nosso ponto de vista em relação à eutanásia, o que importa para o filósofo é que tenhamos o nosso direito de decidir por nós mesmos (autonomia), respeitando nossos interesses e a dignidade humana inerente a cada humano.

Por sua vez, no Brasil, tanto a eutanásia, assim como o suicídio assistido[12] são considerados crimes. Embora o *Código Penal*

12 O suicídio assistido levaria em conta quatro pontos fundamentais, a saber: (a) a mani-

Brasileiro não faça referência a esses termos, eles estão inseridos nos crimes previstos nos artigos 121[13] e 122[14] do Código Penal, *i. e.*, o primeiro como homicídio e o segundo como induzimento ao suicídio. Apesar dos vácuos legislativos, é possível observar iniciativas como a do Conselho Federal de Medicina ao editar a resolução 1.805/2006, na qual autoriza a ortotanásia nos casos em que o paciente encontra-se em estágio terminal. Tal resolução pautou-se no texto constitucional de que ninguém deve ser submetido à tortura nem tratamento degradante e desumano[15].

Aborto e o valor intrínseco da vida

Outro debate de Dworkin empreendido a partir das questões referentes à dignidade humana é o tema do aborto[16]. No entender do filósofo, as discussões sobre as principais questões bioéticas se constituem em desacordo permanente pelo fato de estarem deslocadas de seu correto eixo de discussão. É o caso do aborto, cujo debate geralmente ocorre em saber se ele é ou não moralmente permitido a partir da questão sobre (a) o feto ser ou não uma *pessoa* e (b) se ele possui *interesses e direitos*. No entender de Dworkin, esta é uma questão derivativa e deveríamos retroceder e questionar algo anterior e mais fundamental: a saber, se a vida possui ou não valor intrínseco. O desdobramento dessa pergunta é a posição realista de que "(...) o valor seria uma proprie-

festação expressa do paciente, juntamente com o diagnóstico de enfermidade grave; (b) em caso de morte iminente; (c) quando houver o auxílio de um profissional de saúde; (d) que seja comprovada em razão de diagnóstico de grave enfermidade física ou mental, comprovada por três médicos, sendo pelo menos um deles o profissional que efetivamente cuidou do paciente.

13 Apesar de ser considerado um crime, os casos de eutanásia podem ser enquadrados na diminuição de pena do parágrafo do artigo 121 do Código Penal Brasileiro, segundo o qual: "se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço" (BRASIL, 1940).

14 De acordo com o Código Penal Brasileiro, é crime "induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça" (BRASIL, 1940).

15 Tal redação encontra-se no artigo 5º, III, da Constituição Federal Brasileira.

16 Apenas para citar, no Brasil, o aborto é considerado crime enquadrado nos artigos de 124 a 128 do Código Penal, porém há algumas exceções, como no caso do aborto terapêutico ou necessário em que há risco comprovado de morte da mãe caso ela mantenha a gravidez e o aborto sentimental ou humanitário, quando a gestação é decorrente de estupro. Em 2012, o Supremo Tribunal Federal, numa polêmica decisão, decidiu, por oito votos a dois, que o aborto de fetos anencéfalos não era considerado crime.

dade das próprias coisas independentemente do que as pessoas possam pensar ou desejar" (DWORKIN, 2009, p. 101).

Esta é o que ele chama de *distinção crucial* para o debate. Existem aqueles que encaram o aborto como uma pressuposição de direitos e interesses do feto. Por outro lado, há aqueles que possuem uma abordagem independente e levam em conta o caráter sagrado e o valor intrínseco da vida. Dworkin inclina-se para o segundo grupo, justamente por acreditar que os interesses a serem preservados devem ser aqueles presentes no momento do aborto, e não aqueles que eventualmente se desenvolverão caso o aborto não seja feito. Por isso, o aborto deve ser analisado sob a ótica do valor intrínseco da vida, independentemente de qualquer interesse ou direito que o feto possa ter. Definir se ele é uma pessoa é ambíguo e obscuro tanto juridicamente quanto para a medicina, desembocando em um debate sem nenhuma utilidade prática. Por isso, o ponto de partida para Dworkin é retratar a sacralidade e dignidade da vida a partir de uma consideração sobre valor intrínseco, fazendo três distinções básicas:

a. O *valor instrumental*: depende da utilidade e da capacidade de gerar meios para obtenção de outras coisas;

b. O *valor subjetivo*: quando uma coisa é especialmente valiosa para uma pessoa;

c. O *valor intrínseco*: quando uma coisa tem valor independente do que as pessoas apreciam ou do que é bom para elas.

Para a discussão sobre o aborto, é a preocupação com o *valor intrínseco* que realmente interessa em sua determinação. Para Dworkin, assim como o caso de grandes obras de arte, que estão acima dos gostos pessoais de cada um e a humanidade procura preservar com afinco, a vida tem um caráter sagrado, ou seja, *inviolável* e *intrinsecamente valioso*. Não é uma questão incremental, mas de valorização e proteção uma vez que a vida já tenha começado.

A definição de *sagrado* em Dworkin parte de uma visão secularizada deste conceito, que o aproxima mais de uma noção de

inviolabilidade do que propriamente de uma conotação religiosa, tal como nos casos em que atribuímos o valor sacro a amuletos e mesmo a objetos patrióticos. Nesse sentido, algo passa a ser sagrado não pelo que é especificamente, mas pela maneira como surgiu ou passou a existir e ao valor que nós atribuímos a ele[17]. Ao reconhecer o caráter sagrado de uma vida digna de ser vivida, Dworkin reposiona o centro da discussão para a dignidade humana dos indivíduos do que propriamente no caráter sagrado de existir. Interpretado dessa forma, o conceito de *sagrado* permitiria legitimar tanto argumentos contrários, quanto favoráveis para o tema do aborto.

Considerações Finais

Dworkin trata do problema da dignidade humana discutindo as condições indignas que envolvem as relações entre os indivíduos. Nesse caso, podemos verificar as condições de *voz ativa* da dignidade de modo negativo, quando um indivíduo compromete sua dignidade e, automaticamente, nega o valor intrínseco da vida humana. Do mesmo modo, a *voz passiva* da dignidade é afetada quando o indivíduo está sofrendo uma violação de sua dignidade causada por outrem. Em ambas as condições, percebemos como elemento comum a exigência de respeito (inclusive de autorrespeito) para com o valor intrínseco da vida humana, tendo em vista que condições de indignidade (seja autoinfligida, seja infligida por outro) limitam o desenvolvimento de projetos particulares de vida.

Além disso, Dworkin aborda o problema da autonomia do indivíduo, afirmando que este possui dois tipos de interesse: interesse de *experiência* e interesse *crítico*. O primeiro diz respeito aos prazeres simples de uma boa vida, tais como comer, ver um bom filme, etc., ao passo que os interesses críticos envolvem a satisfação de que a vida seja genuinamente melhor a partir de juízos críticos e não meras preferências sobre experiências. Tais interesses possuem uma conexão direta com aspectos relacionais e intersubjetivos para o *ethos* dos sujeitos, o que não permite cer-

17 Para saber mais acerca da distinção entre valor *intrínseco* e valor *incremental*, conferir DWORKIN, 2009.

tos tipos de reducionismo ao estilo de um equivocado entrelaçamento entre interesses de experiência e interesses críticos. Por isso, interesses críticos são os únicos genuinamente capazes de sustentar uma concepção de dignidade humana que transcenda elementos contingentes que cercam a vida humana.

Dworkin compreende que a inviolabilidade da vida é um valor comum a todos os seres humanos por sua condição intrínseca, por isso as questões práticas – tais como aborto e eutanásia – mudam o eixo da reflexão da vida como valor universal (intrínseco) para a vida como bem jurídico-constitucional. Dessa forma, enquanto um liberal, Dworkin centraliza suas preocupações sobre a questão da dignidade para as zonas limítrofes do início e do fim da vida humana (aborto e eutanásia), de modo que a dignidade da pessoa humana enceta para um tipo de liberdade individual (que favorece a execução e o estabelecimento dos interesses críticos) e na ausência de coerção injusta através de um sistema jurídico capaz de comportar estas condições de autonomia e dignidade humana. Sendo assim, ao examinar o conteúdo da dignidade, não é de estranhar, porque Dworkin tem sua base dada a partir da filosofia prática kantiana – especialmente nas obras *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* e *Metafísica dos Costumes* (detidamente, *Doutrina do direito*) –, na medida em que o ser humano não deve ser tratado na condição de instrumentalidade.

É possível concluir que a ideia de dignidade defendida por Dworkin é pautada no valor intrínseco do ser humano, bem como em seu direito de ser considerado como um fim em si mesmo (não instrumentalização). Sob essa perspectiva, a ideia de dignidade pode sustentar o argumento pró ou contra o aborto, a eutanásia, o suicídio entre outros problemas de biodireito. Importa ressaltar que, para Dworkin, essa dignidade deve embasar os princípios jurídicos que constituíram o direito como integridade no Estado democrático de direito. No seu caso, a ideia de não tratar o outro indignamente requer que adotemos uma concepção de justiça liberal-igualitária que garanta o mínimo suficiente para a sobrevivência social do indivíduo. É nesse sentido que ocorre um entrelaçamento entre três diferentes esferas (ética, jurídica e política) no pensamento de Dworkin a partir da concepção de dignidade humana. Dessa forma, a dignidade estará presente nos princípios

jurídicos, na mesma medida em que deve embasar a justiça social da igualdade de recursos e corroborar uma visão de ética prática e biodireito que envolve polêmicas como o aborto e a eutanásia.

Referências

BACON, Francis. The history of life and death, or the second title in the natural and experimental history for the building up of Philosophy, which is the third part of the Great Instauration. **The Oxford Francis Bacon**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 17 set. 2016.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1.805 de 2006**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em: 17 set. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília: Senado Federal: Editora Saraiva, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Preceito Fundamental 54**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 2012. Disponível em: http://s.conjur.com.br/dl/acordao-interrupcao-gravidez-anencefalo.pdf. Acesso em: 17 set. 2016.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Londres: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **A virtude Soberana:** teoria e prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge : Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Life's Dominion:** An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom. Nova Iorque: Vintage Books, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue:** The Theory and Practice of Equality. Londres: Harvard University Press, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

GOLDIM, José. **Eutanasia**. Bioética/UFRGS. Disponível em: http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanasi.htm. Acesso em: 20 jul. 2014.

KANT, Immanuel. **A metafisica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo:

Edipro, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições70, 1960.

PERRY, Michael. **The Idea of Human Rights**: four inquiries. Oxford: Oxford University Press, 1998.

PERRY, Michael. The Gospel According to Dworkin. **Constitutional Commentary**, vol. 11, 1994, p. 163-183.

SENSEN, Oliver. **Kant on Human Dignity**. Berlim: De Gruyter, 2011.

TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre Ética**. Petrópolis: Vozes, 1997.

WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito**. Petrópolis: Vozes, 2013.

WOODS, Kerri. **Human Rights and Enviromental Sustainability**. Gloucestershire: Edward Elgar Publishing limited, 2010.

Os cosmopolitismos e o desafio da justiça global[1]

Julia Sichieri Moura[2]

John Rawls (1971) em sua teoria de justiça diferenciou o conceito de justiça de concepções de justiça. Afirma o autor que o conceito estaria relacionado com elementos que todas as concepções de justiça compartilhariam, tal como o requisito de que as instituições justas seriam aquelas que não fazem distinções arbitrárias entre as pessoas na atribuição de direitos e deveres básicos, por exemplo; há um desacordo, porém, quanto ao conjunto de princípios para atribuir os direitos e deveres básicos e para determinar o que eles consideram como a distribuição adequada dos benefícios e encargos da cooperação social (RAWLS, 2012). Assim, o conceito pode ser amplamente compartilhado por pessoas que divergem quanto à concepção específica que o mes-

1 O artigo trata de uma revisão de discussão apresentada na Tese de Doutorado da autora, *Compreendendo a Utopia Realizável: uma defesa do ideal de justice distributiva da teoria de John Rawls* (2013).

2 Graduada em Filosofia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e em Direito pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Doutora em Filosofia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Foi pesquisadora visitante (doutorado-sanduíche) do *Global Justice Program*, coordenado pelo Prof. Thomas Pogge, *Yale University*. De 2014 a 2016, atuou como pós-doutoranda da UFPel (Departamento de Filosofia). Atualmente encontra-se em estágio de pós-doutorado como *Post-doctoral Hoover Honorary Fellowship in Economic and Social Ethics* 2015-16 (Universidade Católica de Louvain/ Bélgica). E-mail: juliasmoura@gmail.com.

mo deve assumir.

A classificação de Rawls é interessante para ilustrar as diversas formas que o conceito *cosmopolitismo* passa a assumir nas discussões contemporâneas sobre o alcance das teorias de justiça, isto é, se as mesmas devem ser concebidas na esfera doméstica, internacional ou de formas diferenciadas em ambas. Trata-se de debate que se insere em um contexto político marcado pela contínua globalização, intensificação dos fluxos migratórios transnacionais e codependência que caracterizam o nosso tempo. Há a necessidade, portanto, de um foco interdisciplinar entre filosofia do direito, filosofia política e relações internacionais.

Tratando do *conceito*, há três princípios que caracterizam todas as teorias cosmopolitas, isto é, a *universalidade*, *igualdade* e *individualidade*. De acordo com Brown e Held (2010), desses três fundamentos decorrem ao menos cinco eixos temáticos principais (concepções) do cosmopolitismo: a ideia de *justiça global*, o *cosmopolitismo cultural*, o *cosmopolitismo legal*, o *cosmopolitismo político* e o *cosmopolitismo cívico*. São linhas temáticas que se relacionam e se interconectam. Será objetivo deste texto apresentar as principais linhas interpretativas do cosmopolitismo.

Cosmopolitismo cultural

Consideram-se as propostas alinhadas ao *cosmopolitismo cultural* as que visam estabelecer o senso de justiça global em um mundo culturalmente plural (BROWN, HELD, 2010). O esforço, neste sentido, é para defender que existem deveres e obrigações morais que vão além das circunscrições das nacionalidades, culturas e etnias. A tese que se sustenta é a da possibilidade de compatibilidade entre a adesão às culturas particulares e os princípios cosmopolitas, avaliando a *forma* como ocorre tal adesão. Assim, o argumento central é que a defesa do universalismo moral não é uma afronta às particularidades culturais – tal como os defensores da política da identidade afirmam –, pois para tratar a própria ideia de grupo de forma séria é necessário considerar a forma como ocorre a participação *no* grupo (WALDRON, 2010). Neste sentido, vale destacar a leitura de Waldron, que afirmará que há duas formas através das quais é possível considerar o per-

tencimento ao grupo: uma autêntica e outra inautêntica.

Para o autor, quando se assumem os valores do grupo de modo autêntico, é possível que exista a possibilidade de convergência entre cosmopolitismo e práticas culturais, pois esta forma de pertencimento compartilha com o cosmopolitismo o posicionamento de se considerar as práticas do grupo em relação às práticas que ocorrem no resto do mundo. Tal modo de participação diferencia-se da inautêntica (*fake*), na qual se seguem as normas da comunidade, simplesmente por serem "as normas da comunidade" (WALDRON, 2010, p. 168-174). Assinala-se que a compreensão de Waldron aponta para as múltiplas influências que determinam a identidade do sujeito (esta não devendo ser compreendida somente com base na estrutura na qual o indivíduo está imerso) e que possibilitam assumir, para além dos valores da comunidade, os valores de uma *identidade cosmopolita*. Por outro lado, Waldron reconhece a incompatibilidade do cosmopolitismo com a ideia de formação de identidade através do comprometimento cultural (*cultural engagement as identity*), conforme se constata em:

> O que eu quero sugerir que é incompatível com o "direito cosmopolita" é a caracterização do vínculo dos indivíduos com determinado conjunto de normas culturais e práticas como se estas fossem apenas aspectos que definem as suas identidades, como sexo e raça e, portanto, não-negociáveis por quaisquer pessoas que levem à sério e respeitem a identidade (*self*) das pessoas (WALDRON, 2010, p. 173).

Ou seja: o cosmopolitismo colocado nestes termos visa a responder às críticas comunitaristas que compreendem que o escopo da justiça deve estar nos limites da comunidade. Nesses termos, pode-se considerar o cosmopolitismo cultural como uma defesa da ideia de que os indivíduos são constituídos tanto por elementos intrínsecos a suas culturas como também – e, igualmente – por elementos externos. Verifica-se que o argumento de Waldron visa a defender o cosmopolitismo das críticas comunitárias, que pode ser exemplificada pela ideia de Michael Walzer (2008) que afirma a existência da *distinção cultural* (*cultural distinctiveness*) como valor em si. Para Waldron, não faz sentido afirmar que o

que é valioso (a essência) para determinada cultura é aquilo que a diferencia das outras, pois é igualmente importante para as práticas culturais aquilo que as diferentes culturas muitas vezes compartilham. O exemplo dado por Waldron é elucidativo: uma pessoa da Guatemala, católica praticante, pode considerar este fato sobre si mesma como algo mais importante do que os elementos que podem ser considerados próprios da cultura guatemalteca e, neste sentido, esse aspecto de sua vida é valorizado por ela, assim como pelas pessoas de outras culturas que comungam da mesma religião (WALDRON, 2010).

O cosmopolitismo cultural, de tal modo, enfatiza os princípios de universalidade e individualidade. Coerentemente com essas premissas, o cosmopolitismo cultural também se caracteriza pela busca dos princípios universais que englobem tal universalidade e consigam fundamentar os deveres morais e os direitos em sua aplicabilidade global. Para tal, torna-se necessário evidenciar o que unifica todos – em outras palavras, nossas características compartilhadas. Trata-se, assim, de um esforço de cultivar uma orientação ética, a qual pode ser efetuada através da educação, por exemplo, como assinala Nussbaum (2010b). O comprometimento do cosmopolitismo com o universal e com o *local* também é enfatizado por Nussbaum em seu texto dedicado a esclarecer a diferença entre sua teoria ética (cosmopolita) e sua teoria política (das capacidades), afirmando:

> Assim, eu defendo que devemos manter os nossos vínculos locais, ou pelo menos muitos deles, mas que também devemos considerar o que devemos às pessoas que se encontram longe de nós, tentando assim limitar nossos vínculos locais através de um comprometimento em cultivar vidas dignas para as pessoas no mundo todo (NUSSBAUM, 2007, p.126).

Interessa sublinhar que esta ideia – isto é, a do comprometimento com duas esferas, o local e o global – não significa necessariamente que há que se considerar tais vínculos de modo igual. Nussbaum, por exemplo, reconhece que o vínculo com os mais próximos e, consequentemente, a responsabilidade para com estes, são elementos essenciais para uma vida significativa (NUSSBAUM, 2003). O que o cosmopolitismo – nestes termos – visa a

assinalar é que cultivar condições para uma vida com dignidade para todos independe da relação que existe entre as pessoas, pois decorre exclusivamente de sua humanidade. No entanto, como se sabe, muitas vezes ocorre um conflito entre interesse local e interesse global. Conforme será demonstrado a seguir, os diferentes cosmopolitismos apresentarão respostas diferentes para essa tensão.

Interessa, por ora, assinalar que o *cosmopolitismo cultural* coloca como questão central a ideia de se cultivar as condições para a justiça global em um mundo culturalmente plural (BROWN, HELD, 2010). Evidencia-se como premissa adotada pelos teóricos que compartilham de tal projeto que o cosmopolitismo cultural fundamenta-se em um mundo real – ou seja, trata-se de uma leitura que visa arguir que o cosmopolitismo não é um projeto teórico abstrato (BECK, 2010). Neste mesmo sentido, destaca-se que a perspectiva cosmopolita como lente para se compreender a realidade social e política na qual vivemos toma força também nas ciências sociais (BECK, 2010), o que é possível verificar nos estudos recentes publicados no *The Ashgate Research Companion to Cosmopolitanism* (2011). Os artigos direcionados ao cosmopolitismo cultural ali reunidos apontam para elementos que fogem ao objetivo aqui, mas que merecem ser mencionados por consolidar o *fincamento no real* que os teóricos cosmopolitas afirmam assumir.

Logo, se por um lado o cosmopolitismo cultural busca evidenciar que existe um fundamento concreto da perspectiva cosmopolita, por outro é também importante destacar que há um elemento ainda não mencionado – mesmo porque há pouco estudos tematizando-o – que perpassa direta e indiretamente todas as propostas cosmopolitas e que é de grande abstração: a ideia de *abertura* que lhe é constitutiva[3]. Pode-se verificar esta ideia operando, por exemplo, na concepção de Martha Nussbaum (2010b) de educação cosmopolita, a qual deve ser aberta para culturas diferentes daquelas nas quais os alunos estão imersos.

Vale retomar um dos exemplos que Nussbaum oferece para compreender de que modo a ideia de abertura é importante no

3 Vide especificamente a discussão nos capítulos 2 e 3 do *Ashgate Research Companion to Cosmopolitanism* (2011) para a discussão da ideia de abertura na teoria cosmopolita.

pensamento cosmopolita: a autora afirma que é importante, neste sentido, conhecer as formas como as famílias se estruturam em outras culturas para a criação de seus filhos. Tal conhecimento pode apontar para formas de configuração que diferem daquilo que entendemos como tradicional (pai/mãe/filhos), o que é importante, pois mostra que a organização familiar que é típica da sociedade na qual estamos inseridos não é o que é *normal* e *natural* em outras culturas. Ou seja, abre-se a possibilidade de refletir criticamente sobre as próprias estruturas nas quais estamos inseridos, pois quando se conhece que existem outras formas de organização da sociedade, ficamos abertos à consideração de que as opções com as quais estamos familiarizados não são as únicas existentes e válidas (NUSSBAUM, 2010). O mesmo raciocínio se aplicaria, evidentemente, às outras esferas, como a da sexualidade e da divisão de trabalho. É interessante que esta forma de compreensão do outro tem papel importante para a avaliação de sua própria cultura e das práticas nas quais estamos inseridos. Esta mesma ideia, como já foi ressaltado, é defendida por Waldron através da ideia de participação autêntica nas nossas práticas culturais.

Cosmopolitismo legal

Já o cosmopolitismo legal trata da igualdade de deveres e direitos na esfera internacional. Assim, pode-se afirmar que este campo do cosmopolitismo se insere no âmbito de redefinir e avaliar a estrutura jurídica internacional na dinâmica evidenciada pelo cosmopolitismo cultural. Por este motivo, verifica-se que o cosmopolitismo legal atua tanto na esfera crítica (quando, por exemplo, se avaliam as práticas do ordenamento jurídico internacional com base nos princípios cosmopolitas), quanto na esfera propositiva (o que ocorre através das propostas de consolidar a teoria cosmopolita nas práticas do direito internacional). Importa, ainda em termos gerais, apontar para a ideia central do cosmopolitismo legal, isto é: que o mesmo atue como mediador entre a teoria cosmopolita e o cosmopolitismo institucional (BROWN, HELD, 2010).

Para compreender de que modo o cosmopolitismo legal pode

exercer esta função, é importante esclarecer como este projeto teórico se relaciona com algumas das teorias concorrentes do direito internacional. É necessário retomar a ideia de que o cosmopolitismo legal engloba tanto o posicionamento crítico – que aponta para as normas cosmopolitas como avaliativas – quanto o propositivo – que afirma ser necessário consolidar ainda outra esfera normativa que garanta a aplicabilidade global dos princípios de dignidade humana. É importante ressaltar que são correntes compatíveis e que compartilham da crítica ao paradigma westfaliano como estruturante do ordenamento legal.

Verifica-se que seu objeto pode ser tanto a esfera doméstica, isto é, através do questionamento dos modos como os Estados nacionais podem adequar seu ordenamento jurídico às normas consolidadas na esfera internacional, quanto o ordenamento internacional, ou seja, através da investigação sobre como o ordenamento legal internacional deve se adequar aos princípios cosmopolitas. Estas questões levam ao questionamento prático do cosmopolitismo, isto é: até que ponto se trata de uma teoria realizável?

É neste ponto que os teóricos do cosmopolitismo enfatizam que o mesmo atua em um universo de práticas cosmopolitas já consolidadas no universo do ordenamento jurídico internacional[4]. A tarefa do cosmopolitismo legal, então, é viabilizar uma possível transição entre os princípios cosmopolitas e sua implementação pelo cosmopolitismo institucional, como assinala Brown:

> Em um deslocamento entre a teoria moral à teoria institucional do cosmopolitismo, os cosmopolitas recorrem a uma no-

4 A resposta dada, porém, recai nos questionamentos que são próprios da hermenêutica jurídica e aproxima o cosmopolitismo legal de alguns dos debates tradicionais das escolas interpretativas do Direito. Neste sentido, considerando as escolas do positivismo jurídico, realismo legal, naturalismo legal e a corrente *liberal-internacionalista*, Brown (2010) aponta que enquanto a escola positivista e a realista determinam uma interpretação da aplicabilidade das regras internacionais muito distante do objetivo do cosmopolitismo legal, a leitura positivista, por compreender que não há conexão entre direito e moral e o realismo, por considerar que os princípios do direito internacional são incompatíveis com o cosmopolitismo legal (princípio da soberania, autodeterminação e segurança), a escola do naturalismo legal e do internacionalismo liberal se aproximam do cosmopolitismo legal na medida em que consideram o argumento moral como constitutivo da estrutura normativa que fundamenta o direito internacional. Sabe-se que estas interpretações se deslocam na esfera de discussão de um dos conflitos mais antigos do Direito: o conflito entre positivismo e naturalismo (BROWN, 2010).

> ção de direito cosmopolita e um pressuposto que estas normas são mantidas de forma abrangente, através da prática global. No entanto, o que é muitas vezes ambíguo é considerar como passamos do local em que nos encontramos para o local onde cosmopolitas morais e institucionais querem estar (BROWN, 2010, p. 256).

Brown aponta, assim, um dos maiores desafios do cosmopolitismo: esclarecer de que modo as normas cosmopolitas podem se relacionar com os ordenamentos domésticos. No entanto, verifica-se que antecede a este questionamento outro desafio, indicado por Waldron em seu debate com Benhabib (2006), no qual dois questionamentos centrais ao cosmopolitismo são enfrentados, a saber: qual o conteúdo das normas que compõem o ordenamento cosmopolita? Qual o fundamento das mesmas? Essas perguntas são importantes por demonstrar o grau de obscuridade que permeia o conceito de norma cosmopolita, pois ainda há extenso questionamento no que tange a seu conteúdo e legitimidade.

Deve-se ressaltar que os textos proferidos por Benhabib nas *Tanner Lectures* (2004), e comentados por Bonnie Honig, Will Kymlicka e Jeremy Waldron, são de grande relevância para as questões abordadas aqui, pois, do debate que decorreu da defesa de Benhabib do *cosmopolitismo normativo*, demonstrou-se tanto a crítica externa ao projeto cosmopolita (Kymlicka) quanto a crítica interna – isto é, na própria lógica do cosmopolitismo – apresentada por Wadron e Honig. Considerando-se a importância desta interlocução para o tema, vale apresentar algumas das questões centrais ali tratadas.

O título escolhido para as conferências de Benhabib, *Another Cosmopolitanism*, já demonstra o que está sendo sinalizado aqui: a teoria cosmopolita é constituída por diversas linhagens teóricas e com propostas igualmente diferentes. Deste modo, Benhabib visa a demarcar desde as primeiras colocações de seu texto que o cosmopolitismo decorrente de sua proposta não segue os termos de Nussbaum (uma teoria moral que coloca a ideia de *amor à humanidade* antes de *amor ao seu país*) e também não se confunde com a de Waldron, a qual assinala um *pluralismo constitutivo* dos indivíduos como incompatível com a circunscrição de suas demandas na esfera de sua nacionalidade ou de sua comunidade.

Mesmo se inscrevendo na tradição crítica, Benhabib ressalta que seu texto diferencia-se da forma como os teóricos críticos cosmopolitas abordam o tema, pois irá tratar da questão do paradoxo das "*bounded communities*" (BENHABIB, 2006, p.18). Assim, a tarefa a que Benhabib se propõe é questionar a possibilidade de conciliação entre as normas cosmopolitas com o princípio de autodeterminação democrática.

Benhabib comunga da concepção de que o esforço deve ser o de mediação, conforme se depreende de:

> O cosmopolitismo é um projeto de mediações, não de reduções ou de totalizações. O cosmopolitismo não equivale à ética global, tampouco é adequado caracterizar o cosmopolitismo através de atitudes culturais ou de escolhas somente (BENHABIB, 2006, p.20).

É assim, através da mediação entre as demandas do universalismo moral e as que decorrem do particularismo estatal e étnico, que Benhabib articula sua teoria cosmopolita. De tal modo, não obstante a autora considerar que o direito cosmopolita supera (*trumps*) o direito positivo, sua leitura é no sentido de que há um movimento de incorporação dessas normas através de *interações democráticas*, definidas como formas complexas de mediação entre as normas cosmopolitas e a vontade pública, e a formação de opinião das maiorias democráticas (BENHABIB, 2006). A interação democrática atua, por exemplo, quando o conteúdo das leis domésticas se altera em conformidade com princípios éticos universalistas, o que ocorre, na maior parte das vezes, na esfera dos direitos humanos e na consolidação dos mesmos nos ordenamentos normativos domésticos. Nesse contexto, a interação democrática viabiliza uma transformação do conteúdo legal e normativo das sociedades domésticas, as quais, por sua vez, possibilitam também modificar o alcance daqueles que estão sujeitos a tal ordenamento, conforme assinala Benhabib: "cada ato de auto-legislação é também um ato de auto-constituição. "Nós, o povo soberano" que concordamos a nos submeter a determinadas leis, também estamos nos constituindo como um "nós" em cada ato de auto-legislação" (BENHABIB, 2006, p.33).

Por este motivo, a ideia de interação democrática pode se re-

lacionar também com a delimitação das fronteiras nacionais e a determinação de quem está sujeito ao ordenamento normativo vigente, o que configura, para Benhabib, uma possibilidade de definição territorial e também cívica, pois determinará quais os membros participantes. No primeiro caso – isto é, o de mutação interna normativa – o exemplo mais comum é a efetivação dos direitos humanos através dos textos constitucionais (vale citar, neste sentido, as constituições das *novas democracias*, as quais consolidam os direitos fundamentais em seu texto). Já com relação ao segundo exemplo, pode-se pensar na possibilidade de abertura do conceito de cidadão para os imigrantes, discussão que tem obtido espaço no caso europeu – por exemplo, nas redefinições de quem pode ser considerado como tal. No segundo caso, não obstante a possibilidade de abertura através da interação democrática, o que tem sido cada vez mais comum é o fechamento do conceito de cidadão.

O texto de Waldron segue o de Benhabib em alguns pontos, como o elogio da ideia de interação democrática como um conceito de suma importância para compreender as interações entre direito positivo e legitimidade democrática através de conexões que não envolvem necessariamente procedimentos formais legislativos (WALDRON, 2006) e também na ideia de que há que se diferenciar o direito cosmopolita do direito internacional. Neste sentido, os dois autores reconhecem que a norma cosmopolita não pode ser definida nos mesmos termos em que se define tradicionalmente o direito internacional – isto é, no sentido de que o papel do mesmo deva ser regulamentar as relações entre os Estados. A este respeito, Benhabib afirma que houve uma *evolução* do direito internacional para as normas cosmopolitas conforme se verifica em: “será a minha tese que desde a Declaração de Direitos Humanos em 1948, nós entramos em uma fase de evolução da sociedade global civil, a qual se caracteriza por uma transição das normas de justiça internacionais para as normas de justiça cosmopolitas” (BENHABIB, 2006, p. 16).

Jeremy Waldron, por sua vez, assinala que há que se pensar o conteúdo das normas cosmopolitas como algo diferente das leis constitutivas do direito internacional (*stricto senso*) (WALDRON, 2006, p. 85). No entanto, ele problematiza de outro modo o con-

ceito de norma cosmopolita ao argumentar que, fora da lógica do direito internacional, a norma cosmopolita pode ser compreendia de duas formas umbilicalmente conectadas: como repetição das normas já positivadas nos ordenamentos normativos domésticos (nas Constituições e documentos como o *Bill of Rights*, por exemplo), e também como critério avaliativo para o cumprimento e estabelecimento de tais normas nas esferas domésticas (WALDRON, 2006, p.86).

Verifica-se que essa interpretação indica a relação entre a esfera normativa local e a esfera normativa global, através de uma via de mão dupla: do local para o global e, também, do global para o local. O que Waldron assinala, porém, é que ambas são insuficientes para definir a norma cosmopolita: no primeiro caso, devido ao fato de que a mesma já se encontra positivada, e no segundo caso, o caráter crítico da norma cosmopolita também não consegue definir seu conteúdo, como afirma Waldron: "será que as normas cosmopolitas são algo a mais do que ideias sobre como a legislação doméstica deve mudar? Se é dessa forma que se define norma cosmopolita – somente como ideias críticas para se avaliar as normas domésticas – então, será um erro analítico considerar estas normas como efetivamente normas" (WALDRON, 2006, p. 86).

É necessário, assim, especificar o que diferencia o arcabouço normativo cosmopolita, o qual poderia ser denominado de *direito cosmopolita*, do direito internacional. Esta tarefa é assumida tanto por Waldron quanto por Benhabib, mas enquanto Benhabib defende o princípio da hospitalidade através de sua leitura da ideia de direito cosmopolita (tal como definida na teoria kantiana,[5] através de *Paz Perpétua* e *A Metafísica dos Costumes*), a leitura de Waldron é no sentido de questionar a interpretação que Benhabib faz do texto kantiano, afirmando que o foco do princípio de *hospitalidade* é entre povos e pessoas, e não entre Estados, como afirma Benhabib (WALDRON, 2006, p. 92).

Tanto Waldron quanto Benhabib assumem quão problemática

5 Destaca-se que a influência destes dois textos da filosofia kantiana é fundamental para a teoria cosmopolita. No entanto, se há um acordo quanto à consolidação da teoria kantiana como um dos alicerces do cosmopolitismo contemporâneo, as diversas interpretações da mesma também apontam para as diferentes perspectivas cosmopolitas que são defendidas.

é a definição de direito cosmopolita, que Benhabib afirma ser um *dilema teórico*, devido ao fato de que "as normas cosmopolitas devem ser mediadas pela autocompreensão das comunidades locais" (BENHABIB, 2006, p.71). Não obstante Waldron reconhecer os obstáculos que os diversos focos (locais, étnicos e comunitários) colocam frente à definição do direito cosmopolita, o autor considera que denominar tais problemas de *dilema teórico* é um exagero (WALDRON, 2006). Para compreender este posicionamento, deve-se ressaltar inicialmente que o debate em questão tem como pano de fundo um dos conflitos mais antigos da teoria do direito: a tensão entre direito natural e direito positivo.

Essa dinâmica fica clara na discussão da ontologia da norma cosmopolita, pois enquanto Benhabib assume que há uma tendência de incorporação da norma cosmopolita pelo direito positivo doméstico, Waldron defende a leitura que afirma que a norma cosmopolita já está amparada pelos costumes e tradição, pois é próprio de um mundo já marcado pelas relações e interações humanas da esfera transnacional o surgimento de normas cosmopolitas (WALDRON, 2006). O autor baseia sua leitura na ideia de que o significado jurídico e político dos Estados e comunidades não deve ser problematizado nos termos de Benhabib, pois "não há dúvidas de que cada incidente, cada uso e interação da norma cosmopolita ocorre em um lugar determinado. Mas esta localização não tem significado político ou jurídico. Estas ocorrências ainda assim ocorrem no mundo e os seus efeitos são sentidos no mundo" (WALDRON, 2006, p. 99).

O debate entre Waldron e Benhabib insere-se, conforme se verifica, em compreensões de cosmopolitismo bastante divergentes. Vale retomar algumas delas: a questão central, conforme se verificou, é que a proposta de Benhabib ainda está vinculada à compreensão do Estado como elemento central para a consolidação das normas cosmopolitas – para tanto, a filosofa afirmará que existem práticas mediadoras através das *interações democráticas*. Já Waldron fundamenta sua tese cosmopolita através de um estatismo fraco (na medida em que não se trata da única esfera de legitimação normativa), afirmando uma leitura de norma cosmopolita como legitimada já nas práticas de estrutura global. Quanto à compreensão de Waldron no sentido de que não haveria

um verdadeiro dilema entre o ordenamento global e as normas locais, Benhabib aponta – corretamente, a meu ver – os extensos debates entre nacional-democratas e internacionalistas no direito internacional, assim como a tensão na aplicabilidade de direitos humanos como não democrática e inconstitucional.

A leitura de Benhabib e de seus críticos[6] assinala alguns dos pontos centrais à teoria cosmopolita: no contexto de mudanças não só econômicas como políticas no qual se insere o debate contemporâneo do cosmopolitismo, qual o papel dos Estados-nacionais e de que modo os ideais cosmopolitas se relacionam com estas estruturas na esfera legal?

Verificou-se que algumas das tentativas de se construir respostas para esses questionamentos passam pela tentativa de minimizar o papel do Estado (Waldron), consolidar o cosmopolitismo normativo *através* do Estado (Benhabib) e, por fim, apontar os princípios cosmopolitas em seu papel de fortalecimento e transformação do conceito de Estado (leitura de Kymlicka, que sugere o conceito de Estado nas linhas de uma concepção multicultural liberal-democrática).

Ressalta-se, ainda, que a investigação sobre o papel do Estado e a forma como este se relaciona com o ordenamento normativo internacional tem sido tematizada também na esfera do direito internacional. Neste sentido, deve-se destacar que, por um lado, se há teóricos da área do direito internacional assumindo como corrente majoritária o dever dos Estados de agir na esfera internacional objetivando o bem global e não estatal, há também vozes que apontam para o fato de que esse imperativo assume o cosmopolitismo forte e incompatível com o outro pilar da teoria de direito internacional: seu comprometimento com o modelo democrático liberal como a melhor forma de governo na esfera doméstica (GOLDSMITH, POSNER, 2005).

É possível que se verifique, assim, a problemática imposição de deveres que decorrem do cosmopolitismo forte para governos liberais e democráticos, pois se constata um déficit democrático difícil de ser superado devido ao problema motivacional do apoio democrático a medidas cosmopolitas, como mostram Goldsmith

6 Vale assinalar que Honig (2006) argumenta por um *cosmopolitismo agnóstico* fundamentado na leitura que Jacques Derrida estabelece do conceito de hospitalidade na filosofia de Kant e Kymlicka.

e Posner: “não há dúvidas de que cada incidente, cada uso e interação da norma cosmopolita ocorre em um lugar determinado. Mas esta localização não tem significado político ou jurídico. Estas ocorrências ainda assim ocorrem no mundo e os seus efeitos são sentidos no mundo” (GOLDSMITH, POSNER, 2005, p.215).

A este respeito, conforme será abordado no próximo tópico, vale assinalar que teóricos do cosmopolitismo político tentam apontar a importância de articular o ideal cosmopolita através de reformas institucionais no plano supraestatal. Importa, assim, esclarecer os fundamentos para tais reformas tendo em mente o questionamento aqui levantado.

Cosmopolitismo Político

Como se notou, um dos principais desafios do cosmopolitismo político é o de conseguir compatibilizar o cosmopolitismo com a teoria democrática. Assim, alguns teóricos do cosmopolitismo político buscam mostrar que o cosmopolitismo político não só é compatível com os princípios democráticos como também configura uma forma de democracia denominada de *democracia cosmopolita*. É possível notar, ainda, que esta proposta visa a demonstrar de que modo o cosmopolitismo não é uma teoria utópica, ao assinalar propostas práticas para o mesmo. David Held coloca-se como um dos autores de maior destaque desta corrente, a qual o autor define da seguinte forma:

> O argumento a favor da democracia cosmopolita é o argumento que defende a criação de novas instituições políticas que podem coexistir com um sistema de Estados, mas que podem predominar sobre os mesmos em espaços definidos de atuação, nos quais a atuação estatal demonstra claramente acarretar em consequências transnacionais e internacionais (HELD, 2010, p. 241).

A ideia de democracia cosmopolita defendida por Held (2010) tem como justificativa a interpretação do princípio da autonomia no contexto de um mundo transformado pelas relações internacionais cada vez mais presentes, e para tal o autor afirmará a exis-

tência de um *overlapping communities of fate*[7]. Por este motivo, torna-se necessário defender a condição de autonomia na esfera global, além das regionais.

O autor aponta uma série de medidas necessárias a curto e longo prazo (tais como a reforma do Conselho de Segurança da ONU para a inclusão de países em desenvolvimento, criação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos, um parlamento global que represente as diferentes nações e regiões, entre outros[8]). Para responder à crítica de que se trata de um projeto utópico, Held afirma que sua proposta não parte de uma *estaca zero*, pois a consolidação dos princípios democráticos e de direitos humanos que fundamentam a proposta de cosmopolitismo democrático já se encontra ancorada tanto nas esferas internacionais como nas regionais, com diversas cartas constitucionais sendo elaboradas, contemplando os direitos humanos.

Nesse contexto, pode-se afirmar que se há um acordo entre os teóricos do cosmopolitismo a respeito da necessidade de reforma das instituições internacionais, as propostas diferenciam-se de forma importante, notadamente em um dos pontos mais controversos deste projeto – isto é, no que tange à definição da soberania dos Estados. As diversas leituras do princípio da soberania acarretam discussões de grande relevância, pois articulam as questões de autodeterminação dos povos e tolerância. Além disso, trata-se de uma discussão que toma contornos práticos inescapáveis para o filósofo político, que se propõe a tratar de tais temas ao colocar no centro do debate as demandas cada vez mais próprias da atualidade, como a da legitimidade de intervenção externa em Estados que não são considerados legítimos, a regulamentação migratória e a eficácia global dos direitos humanos.

Neste sentido, verifica-se que o texto *Cosmopolitanism and Sovereignity*[9], de Thomas Pogge (2008), consolidou-se como um dos

---

7 Grosso modo, pode-se definir a ideia de *communities of fate*, assim como de *bounded communites*, se referindo à ideia de que o destino e as possibilidades das pessoas que compartilham as comunidades políticas fechadas são inescapáveis, na medida em que a influência econômica e política inviabilizam uma autodeterminação e medidas políticas que tenham como objetivo exclusivo o bem-estar de tais comunidades.

8 Vide HELD, 2010.

9 Este texto foi originalmente publicado em 1992, na *Ethics* e é central na teoria de Pogge. Sem dúvida, trata-se de um dos textos de maior importância do cosmopolitismo, por estabelecer uma crítica ao conceito de soberania. O mesmo se encontra no livro *World*

textos seminais da leitura cosmopolita de soberania. Nele, Pogge defende a ideia de que a soberania deve ser considerada de forma *vertical*, pois a centralização da soberania à luz dos princípios cosmopolitas é insustentável, dado seu fechamento, por considerar a relação Estado-cidadão como prioritária e limitante da identidade política dos indivíduos e das responsabilidades, direitos e deveres que se originam da mesma. Nas palavras de Pogge:

> Esta centralização da soberania em um nível não é mais defensável (...) O que eu estou propondo, por outro lado, não é a ideia de um Estado mundial centralizado, o que é, na verdade, uma variante da ideia de Estado predominante. Ao contrário, a proposta é a de que a autoridade governamental – ou soberana – se dilua verticalmente. O que precisamos é tanto a centralização quanto a descentralização – um tipo de descentralização que se afaste do modelo de Estado que prevalece atualmente (POGGE, 2008, p.184).

A crítica de Pogge à concepção estatista de soberania é retomada e aprofundada por Daniele Archibughi, que juntamente com Held (1995), sustenta a tese de *democracia cosmopolita*. Para Archibughi (2010), o próprio termo *soberania* – entendido normativamente – é problemático, pois é incompatível com a ideia de democracia tal como esta é colocada pelos teóricos cosmopolitas. Isto é, com níveis de legitimação fora do escopo estatal. Neste mesmo sentido, Held estabelece forte crítica à concepção realista com foco na legitimidade estatal, conforme se depreende de:

> Os problemas da democracia e da justiça serão assegurados institucionalmente somente se compreendermos os limites estruturais da presente ordem global vigente, limites que podem ser resumidos através da ideia de que "o realismo está morto", ou, de forma mais moderada, na concepção de que a *raison d'etat* deve se colocar no seu devido lugar (HELD, 2010b, p. 304).

Inicialmente, para compreender a crítica de Held, é importante destacar que o autor segue a leitura de Thomas Pogge, que defende uma concepção de justiça que consiga satisfazer os direitos

Poverty and Human Rights, no qual Pogge desenvolve a teoria de justiça global e algumas propostas de reforma institucional.

humanos através do ordenamento institucional até o ponto que for razoavelmente possível (*reasonably possible*) (HELD, 2010b). Assim sendo, o foco de Held é assegurar a aplicabilidade dos direitos humanos através de reformas institucionais que consigam sanar os obstáculos à justiça global que sejam possíveis de se modificar. A avaliação de Held é que, além das vulnerabilidades estruturais próprias da época contemporânea,[10] colhemos também os frutos de decisões e acordos políticos danosos, como o Consenso de Washington, o qual, segundo o autor, enfraqueceu a capacidade dos governos locais e também a capacidade de governabilidade global (HELD, 2010).

Considerando o princípio do *all-inclusiveness* (todos os atingidos), Held afirmará que o mesmo precisa ser reformulado para que se estabeleçam simetria e coerência entre os tomadores de decisão e aqueles que são afetados pelas decisões tomadas. Importa destacar, ainda, que Held afirma que sua teoria não visa enfraquecer o Estado, mas estabelecer e desenvolver as instituições políticas no âmbito regional e global, as quais exercem função complementar a do Estado e que teriam competência para tratar dos temas mais gerais e questões transnacionais. A teoria democrática cosmopolita de Held também defende a reformulação da ideia de cidadania, a qual deve comportar também a teoria de cidadania global (HELD, 2010b).

Já Archibughi, que também se denomina como um teórico democrático-cosmopolita com base nas teorias de Pogge e Held, sustenta a possibilidade de se pensar em Estados desvinculados do princípio da soberania, com a substituição do mesmo por um constitucionalismo abrangente que sujeite todas as instituições ao sistema de regras, freios e contrapesos[11] (ARCHIBUGHI, 2010, p. 319).

A ideia de uma cidadania cosmopolita também é ponto de interseção entre os dois teóricos e serve de base para a demanda de

---

10 Denominadas por Held (2010b) de "*emergent system of structural global vulnerability*" (p. 295).

11 A tese de Archibughi é de inspiração kelseniana e aponta para os tribunais como *locus* privilegiado para substituir o papel que a soberania estatal ocupa. Conforme se verifica em "*this draws attention to the need to redirect the conflicts of competence among the various levels of governance toward a global constitutionalism and to bring conflicts before jurisdictional bodies, as recommended by Kelsen, which would act in accordance with an explicit constitutional mandate*" (ARCHIBUGHI, 2010, p. 319).

direitos mínimos às instituições cosmopolitas. Trata-se de um argumento voltado à proteção e eficácia dos direitos na esfera global, que visa em especial a tratar das questões mais urgentes nos quais os membros de comunidades e Estados que não conseguem a proteção de seus direitos mais fundamentais, como habitação, nutrição e liberdades políticas em seus países, conseguem amparar suas demandas em instituições cosmopolitas. Logo, articula uma concepção de *direito aos direitos* que seria especialmente relevante nos casos de imigrantes e refugiados (por exemplo, Held e Archibughi). Destaca-se, por fim, que a ideia de cidadania cosmopolita é um dos temas de maior relevância da teoria cosmopolita, sendo o ponto distintivo do cosmopolitismo cívico (BROWN, HELD, 2010), conforme será demonstrado a seguir.

Cosmopolitismo Cívico

A ideia de cidadania cosmopolita, portanto, é central ao cosmopolitismo e desenvolve-se através de diversas leituras. Pode-se considerar, por exemplo, uma leitura como a de Nussbaum (2010, 2007) que foca na educação para a consolidação de uma cultura de cidadania cosmopolita como uma das interpretações possíveis. Por outro lado, há autores que trabalham com cosmopolitismo político (CABRERA, 2004; GOULD, 2004; HELD, 1995) e assinalam a interpretação de cidadania cosmopolita em termos participativos e de direitos de participação política transnacional. Trata-se de uma radicalização da ideia e, evidentemente, é mais controversa.

Assim, a concepção de cosmopolitismo cívico, por ser fonte de tantas possibilidades interpretativas da mesma ideia-chave – isto é, que o ponto de partida da teoria cosmopolita deva se situar como cidadãos do mundo – comporta também formas diferentes e até mesmo incomparáveis de *cosmopolitismos*. Conforme já se estabeleceu, a ideia de um cidadão cosmopolita não é nova, mas o papel que a mesma assume nas diversas concepções contemporâneas do cosmopolitismo aponta formas de cosmopolitismo que é fundamental distinguir: o cosmopolitismo moral do cosmopolitismo político.

Vale aqui retomar a distinção traçada por David Miller (2007),

na qual o autor lembra que o *cosmopolitismo moral* tem como base a ideia de universalidade e igualdade, para afirmar que todos devem ser tratados com base nas mesmas leis morais. Já o *cosmopolitismo político* é uma interpretação mais exigente do cosmopolitismo moral, pois defende a ideia de que a igualdade e a universalidade exigidas pelo cosmopolitismo só são podem ser alcançadas se todos estiverem sujeitos à mesma autoridade que tem o poder de aplicar tais leis. E, ainda, a primeira formulação não acarreta a segunda (MILLER, 2007).

As contribuições de Miller (2007) são esclarecedoras neste sentido, pois, ao apontar a diferença entre cosmopolitismo forte e cosmopolitismo fraco, o autor demonstra que o cosmopolitismo fraco – cuja premissa é o igual valor nas demandas de justiça – não consegue responder à pergunta colocada acima, pois é incapaz de fundamentar o *quê* da questão. Em outras palavras, o cosmopolitismo fraco se fundamenta na legitimidade da demanda universal por justiça, mas sua premissa é insuficiente para definir a forma como tais demandas devem ser satisfeitas.

O problema, afirma Miller, é que a maior parte dos teóricos que se definem como cosmopolitas busca princípios mais exigentes do que o reconhecimento de que todos merecem consideração na tomada de decisão política. Nas palavras do autor:

> Mas aqueles que conscientemente se definem como cosmopolitas querem obter algo mais forte desta premissa, um requisito de tratamento igual que vai além de afirmar que todos os seres humanos devem ser considerados da mesma forma quando estamos decidindo de que forma agir. Por exemplo, eles podem querer sugerir que as nossas instituições e práticas devem se basear no princípio de ser propiciar o mesmo peso aos interesses de todos que são afetados por tais instituições (MILLER, 2007 p. 28).

O que Miller visa a demarcar é que cabe aos autores que defendem teorias de justiça global como a melhor forma de interpretar (e realizar) a interpretação cosmopolita de justiça ir além da premissa cosmopolita e apresentar um fundamento que independa da mesma para justificar a teoria de justiça proposta. Isto é, "alguma razão independente tem que ser dada para justificar o motivo pelo qual a compreensão cosmopolita deve ser expressa atra-

vés da implementação de uma determinada concepção de justiça global que determinado autor favoreça" (MILLER, 2007, p. 30).

Para compreender esta ideia, vale traçar uma breve apresentação do objetivo e do argumento central da tese de Miller. O autor insere suas contribuições ao debate da justiça global buscando um meio termo entre os dois posicionamentos que polarizam o debate: por um lado, constata-se que a compreensão de que as questões de justiça global devem ser tratadas na esfera ético-pessoal (a ideia central sendo que cabe pesar o que cada um individualmente deve fazer para avaliar os problemas de justiça global); a outra perspectiva é a institucional (focando em como o arranjo institucional global é o principal responsável pela forma como direitos, oportunidades e recursos são alocados e distribuídos).

Verifica-se que Miller está se referindo às contribuições de Peter Singer e Thomas Pogge, sem dúvida as duas teorias mais influentes deste debate. Grosso modo, pode-se assinalar inicialmente que os dois filósofos arguem que a responsabilidade frente ao problema de pobreza global recai sobre os mais ricos (países e pessoas, no caso de Singer). Ocorre, porém, que os argumentos diferenciam-se por partirem de concepções de responsabilidade divergentes, chegando a propostas políticas que refletem este dissenso e que são de grande influência nos debates políticos da atualidade. Isto porque, por um lado, a resposta é no sentido de aumentar os recursos direcionados aos mais pobres e, por outro, tem-se a proposta focada na efetivação e ampliação dos direitos humanos.

O autor inglês argumenta que não há incompatibilidade entre o cosmopolitismo *fraco* e o princípio da soberania nacional[12]. Para ele, os vínculos que decorrem da nacionalidade sustentam deveres específicos para com os que compartilham da mesma, o que não exclui a responsabilidade com os que não compartilham tais laços. Desse modo, o argumento de Miller se desenvolve a

12 Para o autor, os teóricos que já partem da interpretação de que a nacionalidade deve ser compreendida como elemento moralmente arbitrário devem demonstrar que o vínculo que decorre da nacionalidade não caracteriza uma relação social que sustenta deveres especiais entre seus membros. Em contrapartida, será objetivo de Miller demonstrar que as relações que decorrem de nossa nacionalidade configuram obrigações e deveres específicos, conforme se depreende de: "*what follows is an attempt to defeat strong versions of cosmopolitanism by showing that nations are indeed communities of the kind that can support special obligations*" (MILLER, 2007 p. 34). Vide também MILLER, 2007, capítulo 2.

partir de uma concepção de responsabilidade que consiga articular as duas dimensões da existência humana determinantes para a discussão de justiça global: a vulnerabilidade (isto é, a compreensão de que existem povos incapazes de ter uma vida minimamente decente sem auxílio externo) e a agência (a percepção de que os indivíduos devem ser considerados agentes responsáveis pelos benefícios, mas também pelos danos de suas escolhas e ações) (MILLER, 2007).

Conclusão

A apresentação das diversas interpretações do *conceito co*smopolitismo buscou demonstrar que se há um acordo com relação ao problema da justiça global, também há inúmeras *concepções* cosmopolitas que apresentam respostas diferenciadas para o problema da justiça para além das fronteiras domésticas. Trata-se de tópico incontornável no cenário atual e há que se destacar que as propostas que radicalizam este conceito, como a ideia de democracia cosmopolita e o cosmopolitismo político, descritas acima, tornam-se cada vez mais difíceis de tomar corpo em um contexto político de fechamento e exclusões, como se pode verificar por decisões políticas como a saída da Grã-Bretanha da União Europeia (Brexit), apoio democrático às medidas que visam a limitar a imigração e discursos nacionalistas voltando com força em escala global. Por outro lado, os desafios da justiça global igualmente se intensificaram, como a questão dos refugiados, o aumento da desigualdade econômica e o questionamento das organizações internacionais e sua efetividade em tratar destas questões continuam latentes e demandando atenção.

Verificou-se no texto que algumas versões de cosmopolitismo, como o cosmopolitismo cultural, moral e algumas leituras do cosmopolitismo cívico (uma leitura *fraca*) possuem um ponto de partida mais consensual para a construção de uma teoria de *justiça global*. Isso que indica que o esforço de consolidação de uma *esfera pública transnacional*, aliado ao desafio inescapável de se continuar pensando em instituições que tenham atuação efetiva na esfera internacional, não deve ser se deixado de lado. Ao contrário, com a intensificação dos desafios em escala global,

fechar-se no paradigma estatal trata-se de resposta cada vez mais desconectada com os desafios do nosso tempo.

Referências

APPIAH, Kwame Anthony. **Cosmopolitanism**: ethics in a world of strangers. Nova Iorque: W.W. Norton & Co., 2006.

ARCHIBUGHI, Daniele. The architecture of Cosmopolitan Democracy. In: BROWN, Garret Wallace; HELD, David (orgs.). **The Cosmopolitanisms Reader**. Malden: Polity, 2010, p. 312-334.

AUDARD, Catherine. Cultural Imperialism and "Democratic Peace". In: MARTIN, Rex; REIDY, David A. (orgs.). **Rawls's Law of Peoples**. 3 ed. Malden: Blackwell, 2006, p. 60-75.

BECK, David. The Cosmopolitan Manifesto. In: BROWN, Garret Wallace; HELD, David (orgs.). **The Cosmopolitanism Reader**. Malden: Polity, 2010, p. 217 - 228.

BECK, Ulrich. Cosmopolitan Sociology: Outline of a Paradigm Shift. In: ROUVISCO, Maria; NOWICKA, Magdalena (orgs.). **The Ashgate Research Companion to Cosmopolitanism**. Surray: Ashgate, 2011, p. 17-32.

BENHABIB, Seyla. **Another Cosmopolitanism** [with commmentaries by Jeremy Waldron, Bonnie Honig and Will Kymlicka]. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006.

BENHABIB, Seylah. The Law of Peoples, Distributive Justice and Migrations. **Fordham Law Review**, v. 72, p. 1761-1787, 2004.

BROCK, Gillian. **Global Justice**: a cosmopolitan account. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BROWN, Garret Wallace. Moving from Cosmopolitan Legal Theory to Legal Practice: Models of Cosmopolitan Law. In: BROWN, Garret Wallace; HELD, David (orgs.). **The Cosmopolitanism Reader**. Malden: Polity, 2010, p. 248-266.

BROWN, Garret Wallace; HELD, David. Editors' Introduction. In: BROWN, Garret Wallace; HELD, David (orgs.). **The Cosmopolitanism Reader**. Malden: Polity, 2010.

BUZAN, Barry; HELD, David; MCGREW, Anthony. Realism vs Cosmopolitanism: a debate between Barry Buzan and David Held, conducted by Anthony McGrew. **Review of International Studies**, v. 24, n. 03, p. 387-398, 1998.

CABRERA, Luis. **Political Theory of Global Justice**. Abingdon: Taylor & Francis, 2004.

CAMPBELL, Tom. Questioning Cosmopolitanism. v. 6, p. 591-600, 2010. Disponível em: <http://www.springerlink.com/index/10.1007/978-90-481-8704-1>. Acesso em: 18 mai. 2013.

CANEY, Simon. International Distributive Justice. In: BROWN, Garret Wallace; HELD, David (orgs.). **The cosmopolitanism reader**. Malden: Polity, 2010, p. 134-150.

FRASER, Nancy. **Scales of Justice:** reimagining political space in a globalizing World. Nova Iorque: Columbia University Press, 2009.

GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. **The Limits of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

GOODALE, Mark; MERRY, Sally Engle (orgs.). **The Practice of Human Rights: tracking the law between the local and the global**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

GOULD, Carol. **Globalizing Democracy and Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

GUTMANN, Amy. Introduction. In: GUTMANN, Amy (org.). **Human Rights as Politics and Idolatry**. Princeton: Princeton University Press, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **The Crisis of the European Union:** a response. Malden: Polity, 2012.

HELD, David. **Democracy and the Global Order:** from the modern state to cosmopolitan governance. Palo Alto: Stanford University Press, 1995.

HINSCH, Wilfried; STEPANIANS, Markus. Human Rights as Moral Claim Rights. In: MARTIN, Rex; REIDY, David A. (orgs.). **Rawls's Law of Peoples**. 3. ed. Malden: Blackwell, 2006, p. 117-133.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1997.

HONIG, Bonnie. Another Cosmopolitanism? Law and Politics in the New Europe. In: POST, Robert (org.). **Another Cosmopolitanism**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 102-128.

HORTON, J. Realism, Liberal Moralism and a Political Theory of Modus Vivendi. **European journal of political theory**, v. 9, n. 4, p. 431-448, 2010.

IGNATIEFF, Michael. **Human rights as Politics and Idolatry:** introduced by Amy Gutmann. Princeton: Princeton University Press, 2001.

KELLY, Erin I.; MCPHERSON, Lionel. Non-Egalitarian Global Fairness. In: JAGGER, Allison (org.). **Thomas Pogge and his Critics**. Malden: Polity Press, 2010, p. 103-123.

KYMLICKA, Will. Citizenship in an Era of Globalization. In: BROWN, Garret Wallace; HELD, David (orgs.). **The Cosmopolitanism Reader**. Malden: Polity Press, 2010, p. 435-444.

KYMLICKA, Will. Liberal Nationalism and Cosmopolitan Justice. In: POST, Robert (org.). **Another Cosmopolitanism**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 128-146.

LIST, Christian; KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias. Can There Be a Global Demos? An Agency-Based Approach. **Philosophy & Public Affairs**, v. 38, n. 1, p. 76-110, 2010.

MILLER, David. **National Responsibility and Global Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MILLER, Richard. **Globalizing Justice:** the ethics of poverty and power. Oxford: Oxford University Press, 2010.

NAGEL, Thomas. The Problem of Global Justice. **Philosophy & Public Affairs**, n. 33, p. 113-147, 2005.

NEWEY, Glen. Two dogmas of liberalism. **European Journal of Political Theory**, v. 9, n. 4, p. 449-465, 2010.

NICKEL, James W. Are Human Rights Mainly Implemented by Intervention? In: MARTIN, Rex; REIDY, David A. (orgs.). **Rawls's Law of Peoples**. 3 ed. Malden: Blackwell, 2006.

NUSSBAUM, Martha. Compassion & Terror. **Deadulus**, v. 132, p. 10-26, 2003.

NUSSBAUM, Martha. Kant and Cosmopolitanism. In: BROWN, Garret Wallace; HELD, David (orgs.). **The Cosmopolitanism Reader**. Malden: Polity, 2010a, p. 27-45.

NUSSBAUM, Martha. Patriotism and Cosmopolitanism. In: BROWN, Garret Wallace; HELD, David (orgs.). **The Cosmopolitanism Reader**. Malden: Polity, 2010b, p. 155-162.

NUSSBAUM, Martha C. The Capabilities Approach and Ethical Cosmopolitanism: A Response to Noah Feldman. **Yale L.J. Pocket**, v. 2, n. 123, p. 123-129, 2007b.

POGGE, Thomas. An Egalitarian Law of Peoples. **Philosophy & Public Affairs**, v. 23, n. 3, p. 195-224, 1994.

POGGE, Thomas. Are We Violating the Human Rights of the World's Poor? **Yale Human Rights & Development L.J**, v. 14, n. 2, p. 1-33, 2011.

POGGE, Thomas. Cosmopolitanism and Sovereignity. In: BROWN, Garret Wallace; HELD, David (orgs.). **The Cosmopolitanism Reader**. Malden: Polity Press, 2010, p. 114-133.

POGGE, Thomas. **World Poverty and Human Rights**. Malden: Polity Press, 2008.

POGGE, Thomas; HORTON, Keith (orgs.). **Global Ethics:** seminal essays. St. Paul: Paragon House, 2008.

RAWLS, John. **Theory of Justice**. Cambridge: Belknap Press of Harvard

University, 1971.

RAWLS, John. **Uma Teoria de Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAWLS, John. **The Law of Peoples**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RISSE, Mathias. Do We Owe the Poor Assistance or Rectification? 2003. Disponível em: <http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/Courses/RISSEonPoggeIV.pdf>.

RISSE, Mathias. What We Owe to the Global Poor. **The Journal of Ethics**, v. 9, n. No. 1/2, p. 81-117, 2005.

ROVISCO, Maria; NOWICKA, Magdalena (orgs.). **The Ashgate Research Companion to Cosmopolitanism**. Burlington: Ashgate, 2011.

SACHS, Jeffrey. **The End of Poverty**: economic possibilities of our times. Nova Iorque: Penguin, 2005.

SANDEL, Michael. **Liberalism and the Limits of Justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SINGER, Peter. **The Life You Can Save:** acting now to end world poverty. Nova Iorque: Random House, 2009.

WALDRON, Jeremy. What is Cosmopolitan? In: BROWN, Garret Wallace; HELD, David (orgs.). **The Cosmopolitanism Reader**. Malden: Polity, 2006, p. 163-175.

WALZER, Michael. The Distribution of Membership. In: POGGE, Thomas W (org.). **Global Justice:** Seminal Essays. St. Paul: Paragon House, 2008.

Michael Oakeshott e a crítica ao racionalismo em política: uma análise da influência de Michael Polanyi

Daniel Lena Marchiori Neto[1]

Michael Joseph Oakeshott (1901-1990) é considerado um dos mais importantes filósofos conservadores do século passado, embora seja quase desconhecido no meio acadêmico brasileiro. Egresso da tradicional Gonville and Caius College, em Cambridge, Oakeshott atuou como *fellow* da faculdade e professor assistente no Departamento de História. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, lecionou brevemente na universidade de Oxford até ser nomeado Professor Catedrático de Ciência Política na London School of Economics and Political Science (LSE), Londres, em 1951.

Dentre suas obras mais importantes, destacam-se *Experience and its Modes* (1933), *Rationalism in Politics and other essays* (1962), *On Human Conduct* (1975) e *On History and other essays* (1983). Como exímio erudito, Oakeshott escreveu sobre diversas temáticas, tendo tido grande destaque na teoria da história e na

1 Professor Adjunto de Teoria Geral do Estado da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), atuando nos cursos de Graduação em Relações Internacionais e Comércio Exterior e de Mestrado em Direito e Justiça Social. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), tendo realizado estágio de doutoramento no Departamento de Ciência Política do Colorado College, Estados Unidos. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). E-mail: danielmarchiorineto@gmail.com.

filosofia política. Sobre a contribuição de Oakeshott, Bhikhu Parekh (1996) considera sua obra uma proposta original em torno do conservadorismo, libertando-o das "tradicionais amarras da religião, historicismo, moralismo, hierarquia social e nacionalismo, ao mesmo tempo em que o reedificava sobre uma epistemologia cética e uma teoria da identidade humana rigorosamente construída" (p. 7).

Este trabalho tem por objetivo analisar a crítica que Oakeshott aponta ao *racionalismo* na política. Este é um dos temas centrais de sua produção teórica, que tomou a maior parte de sua atenção durante os anos de 1940 até 1960, notavelmente um dos períodos mais conturbados na história inglesa. Com o término da Segunda Guerra Mundial e a vitória de Clement Attlee do Partido Trabalhista, a reconstrução inglesa se deu a partir de uma profunda reforma econômica, que instituíra as bases do Estado de Bem-Estar Social e aumentou consideravelmente os gastos públicos e a atuação do governo na economia (JOHNSON, 1987). O processo de intervencionismo, sem dúvida, já estava em curso neste país e muitas reformas significativas já haviam sido implantadas. Um bom exemplo é o *Education Act* de 1944, que universalizou o acesso ao ensino secundário, ao mesmo tempo em que forneceu as bases para a tripartição do ensino, visando a facilitar a formação técnica e a inserção de jovens no mercado de trabalho. Mas foi no governo de Attle que se instituiu a legislação mais uniforme, centralizada, burocrática e pública de bem-estar social da Inglaterra e possivelmente do mundo todo até então (TOMLINSON, 1991). Neste cenário, o governo nacionalizou várias indústrias e serviços públicos, bem como criou o *National Health Service* para atendimento médico estatal.

Oakeshott vivenciou este período com bastante receio. Seu temor maior era de que a concentração de poder nas mãos do governo implicasse uma redução das liberdades individuais, pondo fim à tradição de liberdades públicas herdada na Inglaterra. Além disso, preocupava-se também com as reformas na educação vigentes que, para ele, representavam uma tentativa de acabar com as artes liberais, estimulando a tecnicização do ensino em todas as áreas, até mesmo nas humanidades (OAKESHOTT, 1991, p. 11).

Por outro lado, Oakeshott nunca foi propriamente um ativista,

ou mesmo chegou a se envolver diretamente com o Partido Conservador. Esta postura relevantemente *neutra*, aliás, foi um dos motivos que o levaram à indicação para a cátedra na LSE. Após a aposentadoria do politólogo marxista Harold Laski, o governo conservador recém-eleito em 1951[2] precisava de um nome para preencher a cátedra na LSE, instituição berço do pensamento heterodoxo inglês, e que reunia a maior parte da intelectualidade de esquerda. A escolha de um *tory* soaria bastante comprometedora ao governo, que viu em Oakeshott uma pessoa adequadamente moderada para ocupar o cargo, o que, todavia, não deixou de ser um escândalo para a época (FULLER, 1993). Outro exemplo da atitude política de Oakeshott foi sua recusa em receber o título de cavaleiro da coroa inglesa, indicado por nada menos que a primeira-ministra Margaret Thatcher (FRANCO, 2004).

A discussão sobre a temática do *racionalismo* na política é imprescindível para se compreender o que significa a *disposição* conservadora na obra de Michael Oakeshott. Não cabe aqui, evidentemente, esgotar o significado do *conservadorismo* em Oakeshott, o que exigiria um trabalho muito mais ampliado. O objetivo aqui é mais modesto, limitando-se a inquirir sobre a base conceitual inspirou o autor em sua descrição do *racionalismo político*.

Este trabalho está dividido em duas partes. Num primeiro momento, serão resumidos os principais pontos do ensaio *Rationalism in politics*. Posteriormente, será dada ênfase à distinção entre *conhecimento prático* e *conhecimento técnico*, avaliando a possível influência da obra do filósofo húngaro Michael Polanyi, fato apontado por muitos comentadores. Através do diálogo com Polanyi, busca-se compreender de forma mais adequada o argumento de Oakeshott.

A crítica ao racionalismo na política

Em sua obra inaugural, *Experience and its modes*, Oakeshott erige uma sofisticada teoria sobre o conhecimento humano. Nele, Oakeshott descreve a tese de que *o mundo* e a *ideia de que se tem*

2 Neste caso, trata-se da recondução de Winston Churchill ao cargo de primeiro-ministro após a ampla vitória dos conservadores na eleição de 1950, pondo fim ao mandado trabalhista de Clement Attle.

do mundo são inseparáveis (FULLER, 2009). Toda a experiência é resultado do pensamento, não sendo possível *conhecer* algo que exista de forma independente e anterior à *ideia*. O mundo é um *todo*, e este *todo* é um mundo de pensamento. Os seres humanos não tem acesso a nada que não esteja no pensamento, não há acesso a algo que não possa ser pensado. A realidade, portanto, é um mundo de ideias. Mas não *meras* ideias: as ideias formam um conjunto, uma totalidade, cujo único critério para avalia-las é o seu grau de coerência.

Outra afirmação importante do livro é a de que a experiência humana não pode ser teorizada a partir de uma única modalidade de pensamento. Para Oakeshott, a experiência humana é reconhecida a partir de diversas *modalidades*, mundos de discurso independentes, autoconsistentes e regidos a partir de seus próprios postulados.

As modalidades não são tipos de experiência. São a totalidade da experiência tomada a partir de um ponto de vista. Assim, a *ciência* é a maneira de ver o mundo todo a partir de um conjunto de ideias quantitativas, estáveis e absolutamente comunicáveis entre os indivíduos (o mundo é entendido *sub specie quantitatis*). A *história* trata da experiência *sub specie praeteritorum*, ou seja, do passado. A *prática* vê o mundo a partir da tensão entre *o que é* e *o que deveria ser*, um mundo *sub species voluntatis*, definido a partir do desejo e aversão, aprovação e desaprovação (PAREKH, 1979).

Segundo Oakeshott (1995), a política pertence ao mundo de ideias práticas. Como tal, é uma atividade inseparável da conduta da vida. Mas, além disso, deve ser observado que, como *prática*, em qualquer situação em que se encontre, implica e depende de uma ideia não realizada, um *ser* (*a to be*) que ainda *não é* (*not yet*). É uma atividade que envolve uma discrepância entre *o que é* (*what is*) e o que *deve ser* (*what shall be*).

E isto não é apenas verdadeiro quando toma forma de uma mudança explícita, mas mesmo quando está aparentemente confinada à manutenção *daquilo que é* (*what is*). Isso porque, na realidade, a política nunca é estritamente confinada. Mesmo a referida manutenção é empreendida sempre e somente em face de uma mudança ameaçada ou proposta. Esta ameaça ou proposta não

menos se refere ao mundo *do que é* (*what is*) em comparação com aquilo que propriamente se deseja ser mantido. A manutenção, quando ameaçada por mudança, representa um desejo de continuidade e este desejo muda algo no mundo das ideias práticas. "Manter é sempre uma mudança. Há aqui, como em qualquer lugar na atividade prática, uma ideia não realizada, um desejo não preenchido, um *ser* discrepante de um *o que é*. E sempre, na atividade prática, esta discrepância é sentida e essencial. A ação, portanto, implica mudança, e envolve um mundo no qual a mudança é tanto possível quanto significativa" (OAKESHOTT, 1995, p. 257-258).

Ao afirmar que a política é uma atividade da vida *prática*, Oakeshott ressalta a impossibilidade de confundi-la com outras *modalidades* do conhecimento. Toda intenção de compreender a política como uma questão histórica ou científica, por exemplo, torna-se um discurso falacioso. Por esta razão que, no ensaio *Educação Política*, Oakeshott (1991) a define como "a atividade de atender a arranjos gerais de um grupo de pessoas que, acaso ou escolha, encontram-se reunidas" (p. 56).

Esta frase é bastante significativa e merece ser analisada dentro de dois aspectos essenciais. O primeiro refere-se ao delineamento do *grupo de pessoas*. O termo *política* tem sido utilizado de forma bastante indiscriminada, sendo corrente, por exemplo, a opinião de que clubes sociais ou empresas possuem a sua própria *política*. Contudo, ainda que famílias e as demais formas de associação humanas possam de fato exercer alguma modalidade de atividade política, Oakeshott está preocupado com o grupo de pessoas que se relacionam que tem o nome de *Estado*. Oakeshott está preocupado, portanto, com a *política* no sentido de uma atividade *pública* e *compulsória*.

Em segundo lugar, a assertiva fala em *arranjos gerais*. A noção de *arranjos*, aqui, deve ser entendida de forma genérica, englobando todos os elementos imprescindíveis ao Estado, como instituições, órgãos, funções, leis, tratados, etc. Mas o que se destaca nesta assertiva é que Oakeshott conceitua a política como a atividade de *atender* a arranjos, e não *criar*, *desejar* ou *inventar* arranjos. A escolha da palavra *atender* mostra o quanto Oakeshott "opera com a *dualidade* e a *ambiguidade* da política. Por exem-

plo, os estilos e linguagens políticos da política *racionalista* e da *política de fé* são contrastados com a política *racional*, *adequada* ou *tradicional* e a *política do ceticismo*" (SOININEN, 2005, p. 138).

Em *Rationalism in Politics*, Oakeshott inicia sua descrição do *arquétipo* racionalista afirmando que se trata de uma moda intelectual surgida na Europa pós-renascentista, consagrando-se no século XVII. Não se trata de uma doutrina específica, de algum movimento partidário, ou de um programa de governo. Para Oakeshott (1991), o *racionalismo* consiste em uma forma vívida de pensar, cujas ideias figuram em praticamente todas as formas políticas.

O caráter geral e a disposição do racionalista são identificados pela *autoridade da razão* e todas as circunstâncias do mundo estão a ela submetidas. Esta postura é quase uma atitude de fé, porque não há opinião, hábito, crença que o racionalista ouse levantar para questionar sua razão. Por outro lado, reforça um grande otimismo, pois não há qualquer dúvida quanto ao poder da razão (quando propriamente aplicada) para determinar o valor de uma coisa, a verdade de uma opinião ou a propriedade de uma ação. "Além disso, ele é enriquecido por uma crença em uma 'razão' comum a toda a humanidade, um poder comum de consideração racional, que é a base e a inspiração do argumento" (OAKESHOTT, 1991, p. 6).

Contudo, para Oakeshott, é um equívoco atribuir ao racionalista apenas uma preocupação excessiva com o argumento *a priori*. De fato, ele não negligencia a experiência, embora muitas vezes pareça fazê-lo. Na verdade, ele insiste sempre em modular a experiência a seu próprio bem, reduzindo o enredo e variedade da experiência a uma série de princípios com os quais ele ataca ou defende de acordo com sua base racional. A experiência é sempre um resultado explicável racionalmente, ou, quando as coisas não funcionam bem, ocorrem em função de um desvirtuamento da razão.

O racionalista não conhece nenhum senso de acumulação da experiência, apenas conhece a disponibilidade da experiência quando ela tiver sido convertida em uma fórmula por ele concebida. "Sua mente não possui atmosfera, mudanças de estação e temperatura; seu processo intelectual, na medida do possível,

é isolado de toda a influência externa e permanece no vazio" (OAKESHOTT, 1991, p. 7). O racionalista, para Oakeshott, ignora todo o conhecimento tradicional de uma sociedade, ao mesmo tempo em que rejeita uma educação mais extensiva em detrimento do treinamento numa técnica de análise.

Quando voltado ao mundo da política, a disposição do racionalista verifica-se muito mais na fonte de sua inspiração do que propriamente em suas escolhas. Segundo Oakeshott, o racionalista acredita em uma *razão humana* absolutamente desimpedida de todo costume e tradição, que serve como um guia infalível para as decisões políticas. Nesse sentido, a própria vida política é resumida, não por necessidades contingentes, mas sim por argumentos passíveis de serem aplicados a partir do domínio de uma técnica, a partir da operação da *razão*. "Consequentemente, muito da sua atividade política consiste em trazer a herança social, política, legal e institucional de sua sociedade perante o tribunal de seu intelecto; e o resto é a administração racional, a 'razão' exercendo uma incontrolável jurisdição sobre as circunstâncias do caso" (OAKESHOTT, 1991, p. 8).

Um detalhe importante para descrever o temperamento do racionalista, segundo Oakeshott, está em sua preferência pela *criação* e *destruição* em detrimento da *reparação*. Se esta escolha indica alguma diferença categórica, é possível vislumbrar aqui uma oposição ideal entre o *racionalista* e o *conservador*. Para o conservador, a sociedade é composta por arranjos que, de alguma maneira, sobreviveram ao tempo e satisfazem a alguma necessidade. São, por assim dizer, úteis. Juntos compõem a herança da qual todo indivíduo nasce e imediatamente é inserido em um processo quase espontâneo de aprendizagem. No entanto, nem tudo que existe *está* para ser mantido. O que antes servia pode porventura se tornar inapropriado. Eis que surge uma propensão à reforma, mas o que se reforma não é a sociedade ou a herança como um todo, mas sim pequenos pontos, arranjos específicos. Por isso, toda *reforma* requer um largo e paciente conhecimento sobre o objeto a ser *reformado*. E mais, prescinde de uma aceitação de que o objeto reformado deve, antes, adequar-se a uma estrutura já vigente e que, por consequência, deve ser mantida.

O racionalista, por sua vez, não enxerga obstáculos para sua

razão. Não vê na tradição nenhum valor em si. A sociedade existe para ser aquilo que a razão determina, como uma espécie de folha em branco a ser preenchida. A condução dos assuntos políticos é uma matéria de solução de problemas e estes encontram resposta na aplicação adequada de uma técnica. O racionalista, segundo Oakeshott, roga para si a atuação de um *engenheiro da sociedade*:

> Esta assimilação da política à engenharia é, na verdade, o que pode ser chamado de mito da política racionalista. E é, naturalmente, um tema recorrente na literatura do Racionalismo. A política que ela inspira pode ser chamada de política da necessidade experimentada; para o Racionalista, a política é sempre carregada com a sensação do momento. Ele espera que a circunstância lhe forneça seus problemas, mas rejeita a sua ajuda na busca pela solução. Que algo deva permanecer entre a sociedade e a satisfação das necessidades experimentadas de cada momento em sua história deve parecer ao racionalista uma peça de misticismo e insensatez. E sua política é, de fato, a solução racional para tais enigmas práticos, com o reconhecimento que a soberania da necessidade experimentada eternamente cria na vida de uma sociedade (OAKESHOTT, 1991, p. 9).

Outras características que, combinadas, compõem a essência da política racionalista são a *perfeição* e a *uniformidade*. A *perfeição* é a crença de que para todo problema político existe, necessariamente, uma solução *racional*. E a solução racional é, por sua própria natureza, uma solução perfeita. Não há espaço para a tentativa, para a aposta ou ainda para o *melhor nas circunstâncias*. A função da razão é justamente superar o acaso, vencer as circunstâncias. Logo, tem-se que a *imperfeição* é uma situação meramente transitória, efêmera, um mal a ser combatido e corrigido por meio de uma ação racional.

Da política da perfeição, nasce a política da *uniformidade*, um esquema em que não se admite a peculiaridade, não se admite lugar para a diversidade. Para todo problema político há um remédio que é universal tanto em sua aplicação quanto em sua concepção. À medida que se descobre a resposta racional para um dos problemas da sociedade, esta solução é invariavelmente aplicada a toda situação semelhante. Se algo der errado, trata-se

de uma *irracionalidade*, uma aplicação indevida da técnica. "Não há lugar para preferências que não sejam a preferência racional e todas as preferências racionais necessariamente coincidem. A atividade política é reconhecida como a imposição de uma condição uniforme de perfeição sob a conduta humana" (OAKESHOTT, 1991, p. 10).

Após enunciar as principais características, Oakeshott se propõe a desvendar a origem, o manancial teórico que possibilitou o surgimento do racionalismo moderno. Para ele, a raiz está na forma como o racionalismo compreende o conhecimento humano. E qual seria esta visão?

Em primeiro lugar, Oakeshott faz uma distinção entre duas fontes de conhecimento, que ele denominou conhecimento *técnico* e conhecimento *prático*. Estas duas formas de conhecimento encontram-se combinadas em toda atividade humana – em toda ciência, arte ou atividade prática (OAKESHOTT, 1991). Embora não existam de fato separadas, há importantes diferenças entre elas.

O primeiro tipo de conhecimento é o *conhecimento técnico* ou *conhecimento da técnica*. É o tipo de conhecimento que é formulado mediante regras, princípios, direções, máximas, enunciados, etc., que são, ou podem ser, deliberadamente aprendidos ou recordados. A característica principal desta forma consiste em ser suscetível a formulações precisas, apesar de que provavelmente requeira certa perspicácia e treinamento para aprender a técnica. Este tipo de conhecimento é aquele aprendido em livros e em manuais de instrução. "A técnica (ou parte dela) de dirigir um carro a motor em estradas inglesas pode ser encontrada no Código de Trânsito, a técnica de cozinhar está contida em livros de culinária e a técnica da descoberta na ciência natural ou na história está em suas regras de investigação, observação e verificação" (OAKESHOTT, 1991, p. 12).

O conhecimento *prático*, por outro lado, existe apenas no seu próprio uso. Não é um tipo de conhecimento refletido e, ao contrário da *técnica*, não pode ser formulado em regras. Todavia, isto não faz da *prática* uma espécie de conhecimento místico ou esotérico. Significa simplesmente que o método pelo qual ele é compartilhado não se faz por meio de uma doutrina ou de um

princípio. Enquanto o conhecimento *técnico* pode ser aplicado mecanicamente, aprendido de cor ou repetido rotineiramente, o conhecimento *prático* opera de forma distinta. Ele não pode nem ser ensinado nem aprendido, mas somente transmitido e adquirido. "Ele só existe na prática, e a única maneira de adquiri-lo é por aprendizado com um mestre – não porque o mestre pode ensiná-lo (ele não pode), mas porque só pode ser adquirido pelo contato contínuo com alguém que está perpetuamente praticando-a" (OAKESHOTT, 1991, p. 15).

Há vários exemplos da atividade prática. Nas artes e nas ciências, o que normalmente ocorre é que o aluno, ao ser introduzido à técnica dos respectivos campos do conhecimento por seu mestre, acaba descobrindo ter adquirido por si próprio outro tipo de conhecimento, que está além da técnica. O pianista pode aprender a leitura de partituras, bem como a postura correta de sentar-se ao piano. Por outro lado, a *arte* de compor uma melodia surge ao largo do conhecimento aprendido nas aulas. Esta *arte* não é o resultado da técnica. Saber ler partituras não implica que alguém saiba *compor*. A prática da composição é resultado do contínuo treino, do desenvolvimento espontâneo da audição musical, do contato com outros músicos e novos estilos, do talento natural que aos poucos ganha forma, da participação em concertos, do hábito de ouvir música regularmente, dentre outros. O conhecimento prático não segue nenhuma lógica linear. Depende de variáveis tão complexas que não podem ser exaustivamente numeradas e relacionadas em ordem de preferência. Mas, para Oakeshott, ele existe e se desenvolve de forma silenciosa e paciente. A pessoa adquire como um hábito, quase *sem saber* que o adquiriu.

Outro exemplo é o do jogo de xadrez. Sem dúvida há uma técnica a ser aprendida. Existem regras que determinam como se movimenta o cavalo, qual é a posição do xeque-mate ou que o peão pode mover-se uma ou duas casas em sua primeira jogada. Não é possível haver jogo sem que os jogadores conheçam as regras. Todavia, o jogo do xadrez, a exemplo de qualquer atividade, não se limita a um conhecimento técnico.

O conhecimento prático do xadrez pode ser inferido quando alguém pergunta *você sabe jogar xadrez?* Há pelo menos duas

possibilidades de resposta neste caso. Na primeira, alguém pode dizer *sim, eu sei jogar xadrez porque conheço as regras do jogo*; aqui, o indivíduo refere-se claramente ao conhecimento técnico. Por outro lado, outrem pode responder *não, conheço como se joga, mas não sei jogar direito*. O *jogar direito*, neste caso, refere-se ao domínio *prático* do jogo. É o conhecimento que não decorre de se conhecer formalmente as regras da partida, mas sim da habilidade consolidada com o tempo. É o *insight* de planejar estratégias, a intuição de prever jogadas, a resposta *reflexiva* ao movimento do adversário. Isso não tem uma origem definida, um ponto de partida. É algo que surge de forma quase espontânea, após muitas e muitas partidas, quando o jogador cria uma espécie de afeição a certo estilo de jogo. Após ter se encontrado em diversas situações, de ter adquirido experiência, aprende a se comportar de determinada forma, a depender das nuances do jogo.

A influência de Michael Polanyi

Timothy Fuller sugere que, no ensaio *Rationalism in Politics*, Oakeshott utilizou as noções de conhecimento *técnico* e *prático* em sua análise sobre o racionalismo moderno aproveitando-se das especulações de Michael Polanyi acerca do conhecimento *tácito* e *pessoal*[3]. Polanyi foi um intelectual uma vasta produção em distintas áreas do conhecimento. Formado em medicina, teve contribuições marcantes nas áreas de física e química. No auge de sua maturidade, produziu ensaios sobre política, economia e, principalmente, filosofia da ciência, tendo influenciado uma geração inteira de historiadores e filósofos da ciência (GULICK, 2004-2005).

De fato, como afirma Fuller, Oakeshott (1991) faz uma referência à Polanyi na quarta nota de rodapé de seu famoso ensaio, em que afirma que o livro *Science, Faith and Society* (1946), de seu colega húngaro, fornece excelentes observações sobre as duas formas de conhecimento na atividade genuinamente científica. O professor Fuller é, indubitavelmente, a maior autoridade mundial em Michael Oakeshott. Foi organizador de suas obras pós-

3 "O erro dos racionalistas modernos era pensar que a parte técnica do conhecimento poderia sustentar-se por si só, e aqui ele toma uma visão que lembra as explorações de Michael Polanyi sobre o conhecimento tácito e pessoal" (FULLER, 1993, p. 75).

tumas, conviveu com o autor durante décadas e é o responsável pela formação da maior parte dos pesquisadores oakeshotteanos nos Estados Unidos. Sua passagem merece ser analisada com detalhes mais precisos.

Na verdade, embora a terminologia de Oakeshott lembre, de fato, as explorações de Polanyi sobre o conhecimento *tácito* e *pessoal*, Oakeshott ainda não havia pensado exatamente sobre eles. O artigo *Rationalism in Politics* foi originalmente publicado no primeiro volume do *The Cambridge Journal* em 1947, um ano após o lançamento de *Science, Faith and Society*. Contudo, neste livro, Polanyi ainda não havia desenvolvido os conceitos de conhecimento pessoal (*personal knowledge*) e conhecimento tácito (*tacit knowledge*); não há sequer uma menção a eles em todo o livro. Na verdade, ambos apareceram pela primeira vez em um ciclo de palestras que o autor conferiu na Universidade de Aberdeen, na Escócia, durante os anos de 1951-1952. Uma versão revisada destes textos foi reunida e publicada em sua obra mais famosa, *Personal Knowledge*, apenas em 1958, onze anos após Oakeshott ter redigido o seu ensaio.

Agora, em *Science, Faith and Society*, é possível vislumbrar uma visão prematura dos conceitos que mais tarde viriam a ser desenvolvidos com clareza. Uma pequena digressão a respeito deste livro pode ser bastante útil para os propósitos deste ensaio. O que Oakeshott provavelmente se encantou em Polanyi é sua discussão sobre as premissas do conhecimento científico e o modo como ele enfatiza a importância da *arte* ou *prática* do conhecimento científico. Embora o enfoque de Polanyi seja a ciência, o seu raciocínio é elaborado de uma forma mais ampla, e seus exemplos sinalizam a intenção de abordar a natureza do conhecimento em si.

Para o filósofo húngaro, as proposições que envolvem a ciência não são derivadas de nenhuma regra definitiva e nem de algum dado da experiência. Elas iniciam como uma forma de investigação baseada em premissas que não podem ser exaustivamente definidas. Após, são verificadas por um processo de observação que sempre deixa um espaço para o julgamento pessoal do cientista. Em cada julgamento da validade científica, pois, permanece implicada a aceitação das premissas da ciência e da consciência

do cientista (POLANYI, 1946).

Esta visão não difere, essencialmente, daquilo que Oakeshott enunciou em *Experience and its Modes*: uma conclusão científica, como em qualquer outra atividade, é sempre *pessoal*, pois a experiência é sempre o resultado do pensamento de alguém. Mas este pensamento não é algo meramente subjetivo, pois as pessoas não são propriamente *donas* de suas ideias. As ideias, no processo de cognição, apresentam uma correlação interdependente; ou seja, formam uma totalidade, um sistema integrado, e o agente sempre pensa *por meio* deste sistema. A tarefa do cientista, para Oakeshott, é aprimorar um dado mundo de ideias (*what is given in experience*), tentando tornar mais coerente para si a maneira como ele interpreta este mundo (*what is achieved in experience*). A consciência e julgamento do cientista, portanto, estão sempre vinculados à atividade científica.

Mais adiante, Polanyi procura desconstruir a visão de ciência como a aplicação sistemática de uma técnica estabelecida *a priori*. Pare ele, a ciência é entendida a partir de uma comunidade de investigadores ligados por uma mesma crença. A ciência é uma disciplina imposta pelos cientistas para eles mesmos, com o intuito de descobrir uma verdade imparcial, absolutamente comunicável. Tal verdade, por lado, somente pode ser a verdade dos cientistas. A crença nesta verdade é a respectiva fé do cientista. Desta forma:

> A arte do trabalho científico é tão extensa e diversa que só pode ser passada de uma geração a outra por um grande número de especialistas, cada qual promove um ramo particular dela. Portanto, a ciência pode existir e continuar a existir apenas porque suas premissas podem ser incorporadas em uma tradição passível de ser compartilhada por uma comunidade. Isso também é verdade para todas as complexas atividades criativas que são levadas para além da vida dos indivíduos. Podemos pensar, por exemplo, na lei e na religião cristã protestante. Sua vida contínua é baseada em tradições de uma estrutura semelhante à ciência e que nos ajudará a compreender a tradição da ciência e também a nos prepararmos para os problemas mais gerais da sociedade com a qual queremos lidar mais tarde, se incluirmos campos como a lei e a religião na nossa discussão (POLANYI, 1946, p. 42).

Em *Experience and its Modes*, Oakeshott afirma que o método científico é o postulado da ciência. Isso não está em necessário desacordo com Polanyi. Para ambos, o método não representa uma doutrina definitiva ou uma espécie de técnica a ser aplicada de forma mecânica. O método é o ponto de vista pelo qual o cientista vê e interpreta o mundo. O mundo do cientista é o mundo das ideias científicas. A verdade que ele conclui é válida apenas dentro do universo da ciência e, tanto para Oakeshott quanto para Polanyi, é inútil tentar alargar seus efeitos para os campos da história ou da prática.

A noção polanyiana de *comunidade científica*, caso interpretada apenas no sentido de *pessoas envolvidas com a investigação científica*, soa, inicialmente, de forma bastante similar aos interesses de Oakeshott. O cientista de Oakeshott é toda pessoa que apreende a realidade a partir de um ponto de vista quantitativo, uniforme, e absolutamente comunicável – o cientista é o indivíduo que vê o mundo *sub specie quantitatis*. Todavia, Polanyi analisa a comunidade científica não de um ponto de vista ideal, mas sim descritivo. O cientista é o sujeito que ocupa um papel dentro de uma comunidade *dita* científica, que é institucionalmente organizada a partir de uma hierarquia entre mestres, alunos, instituições, órgãos de fomento, universidades, etc.

O olhar de Polanyi, na verdade, é diferente e ultrapassa as intenções de Oakeshott. Tanto Oakeshott quanto Polanyi acreditavam que uma teoria equivocada do conhecimento produz resultados nocivos à moralidade ou à política. Eles diferem, contudo, sobre a via apropriada. As diferenças se referem à natureza da realidade e a maneira como a mente humana se relaciona com esta realidade. Oakeshott é um idealista, para o qual o conhecimento é mediado pela busca da coerência de um dado sistema de ideias.

Polanyi, por outro lado, surge como um *realista crítico*, que admite a existência de uma realidade independente e externa, com a qual a mente humana se esforça para entrar em contato, mas jamais a define de forma objetiva ou definitiva. A epistemologia de Polanyi se baseia na noção de crença, compromisso e do elemento tácito.

No final, tanto Polanyi como Oakeshott concordam que a ori-

gem do dilema moderno é uma concepção errante do conhecimento. Até certo ponto, concordam com a solução, pois, contra o racionalismo/objetivismo modernos, ambos defendem o restabelecimento de noções como tradição, prática, compromisso, conformação, aprendizagem e verdades inarticuláveis. Porém, nas raízes de suas respectivas explicações filosóficas, eles divergem, e é neste ponto que o realismo de Polanyi parece preferível ao idealismo de Oakeshott. Mas, como Oakeshott acentua, e Polanyi concordaria, tal posição exige um passo de fé – um compromisso com uma concepção de realidade que, em última análise, não admite prova definitiva. Tal, Polanyi reconhece, é o caso com todas as nossas crenças mais arraigadas. Essa, ao que parece, é a essência da condição humana (MITCHELL, 2001-2002).

Contudo, há um ponto de bastante valia, e que talvez seja o que mais chamou a atenção do catedrático da LSE. Trata-se da maneira como Polanyi descreve a importância da *arte* ou *prática* da ciência. Como foi dito anteriormente, Polanyi não considera que haja qualquer tipo de premissa ou dado definitivo da ciência. O que ele especificamente quer dizer com isso é que o conhecimento científico não pode ser resumido a uma técnica deduzida de forma premeditada. Mesmo o enunciado da gravitação universal de Newton ou as três leis da termodinâmica não podem ser tomadas como verdades *a priori* da ciência, ou ainda como as bases pelas quais todo experimento é construído. Ser um cientista, ou mesmo estar envolvido em uma experiência científica, não exige a leitura de *A origem das espécies* ou das normas de um laboratório de química. Sem dúvida que o conhecimento técnico aprendido nas escolas e universidades é de grande importância para a formação do cientista. Mas há algo que transcende à técnica e que, por sua vez, é igualmente importante à atividade do cientista.

Para Polanyi, o conhecimento científico é definido a partir daquilo que a comunidade de cientistas reconhece como sendo o conhecimento verdadeiro. Não há, portanto, uma técnica que vincule ou determine o pensamento do cientista. O cientista, neste ponto, sempre utiliza sua *inteligência* e *criatividade* para interpretar e reinterpretar o conhecimento acumulado dentre de uma comunidade. “Nós temos visto como a ciência é constantemente

revolucionada e aprimorada por seus pioneiros, permanecendo firmemente enraizada em sua tradição. Cada geração de cientistas aplica, renova e confirma a tradição científica à sua de sua inspiração particular" (POLANYI, 1946, p. 42).

Polanyi compara a tradição da ciência a campos como o direito e a religião. No primeiro, a atuação de juízes na *common law* é vislumbrada pela observação da prática judicial pretérita, da qual se extraem os princípios que são aplicados criativamente, à luz da consciência do julgador, a novas situações. Ao analisar as decisões pretéritas, os juízes acabam revisando a mesma prática que outrora inspirou outro julgador. Situação semelhante ocorre na religião. No caso da igreja protestante, a Bíblia serve como uma tradição criativa para ser acolhida e reinterpretada em novas situações. Embora a Bíblia seja utilizada como um meio entre o indivíduo e a revelação divina, a crença nesta revelação é realizada apenas quando afirmada pela consciência do indivíduo.

Um enunciado científico, a jurisprudência ou a teologia protestante possuem algo em comum: são formados pela consciência dos indivíduos, enraizados em uma dada tradição. No direito e na experiência religiosa, esta tradição prevalece em uma espécie de doutrina oficial provinda de uma fonte bem específica, como o código civil ou a Bíblia. Entretanto, uma doutrina uniformizada é quase totalmente ausente na ciência, embora muitas vezes determinados livros ou entidades científicas possam assumir um papel de autoridade dentro da comunidade de cientistas.

Contudo, esta tradição sintetizada em um código ou na Bíblia não define, por si só, o que de fato é o direito ou a religião. São as contínuas interpretações e reinterpretações que dão vida e significado a estes respectivos campos. E mais, o próprio processo de aprendizagem desta *tradição* não está sujeito a uma apreensão mecânica ou racional. A maneira como o sujeito aprende o conhecimento em vigor e a maneira como ele interpreta e dá sentido a este conhecimento correspondem aquilo que Polanyi define como *prática* ou *regras de arte*:

> Sendo incapazes de formulação precisa, as regras de arte podem ser transmitidas apenas pelo ensinamento da prática que as incorpora. Para grandes domínios de pensamento criativo, isto envolve a passagem da tradição de uma geração para a se-

> guinte. Cada vez que isto acontece, há uma possibilidade que uma regra de arte seja submetida a um grau significativo de reinterpretação e é importante perceber claramente o que isto envolve. Como podemos interpretar uma regra? Por outra regra? Só pode haver um número finito de níveis de regras para que tal regressão logo seja esgotada. Vamos supor então que todas as regras existentes foram unidas em um único código. Tal código de regras poderia, obviamente, não conter prescrições para a sua própria reinterpretação. Disso segue que todo processo de reinterpretação introduz elementos que são totalmente novos; por conseguinte, um processo tradicional de pensamento criativo não pode ser levado adiante sem que nenhuma adição tenha sido feita à tradição existente em cada estágio de transmissão (POLANYI, 1946, p. 44).

Este é o ponto com o qual Oakeshott provavelmente mais se encantou no livro *Science, Faith and Society*. Regras de arte *incapazes de formulação precisa*, a relação do pupilo com o professor, a importância da aprendizagem, e.g., são assertivas que Oakeshott reproduziu com exatidão em *Rationalism in Politics*. A ideia central deste ensaio é que o conhecimento humano é sempre o resultado da união entre o conhecimento técnico e o conhecimento prático; a crítica ao *racionalismo* reside na persistência deste em eliminar a importância da prática. Neste sentido, a visão oakeshotteana pode ser vislumbrada, de forma sutil, na obra de Polanyi.

Segundo o filósofo húngaro, o conhecimento consolidado de uma determinada comunidade não existe por si só, como um dado inato. O sujeito não o aprende de forma simplesmente mecânica. Sem dúvida que, durante a formação do indivíduo, há elementos que podem ser aprendidos de forma técnica. Contudo, o aprendizado de uma tradição envolve mais que um conhecimento técnico; a tradição é fundamentalmente transmitida ao sujeito por um processo de absorção intuitiva, mediante aquilo que Polanyi chama de *imitação inteligente*. A incorporação dos pressupostos gerais de uma tradição sempre se dá de forma lenta e espontânea. O processo de aprendizagem, nestes termos, não pode ser exaustivamente descrito, e tampouco prescinde de qualquer protocolo ou padrão. Ele é uma *arte* e, como tal, é importante não apenas para a ciência:

> As premissas subjacentes a um grande processo intelectual nunca são formuladas e transmitidas na forma de preceitos definidos. Quando as crianças aprendem a pensar naturalisticamente, elas não adquirem nenhum conhecimento explícito sobre os princípios da causalidade. Elas aprendem a considerar eventos em termos daquilo que chamamos causas naturais e por praticar tais interpretações no dia a dia, de tal modo que acabam sendo confirmadas nas premissas que lhe estão subjacentes. Grande parte disto já acontece quando a criança aprende a falar em uma língua que descreve eventos em termos naturalistas, e o processo de adquirir a fala oferece um bom exemplo para os princípios pelos quais as premissas do pensamento são, em geral, transmitidas de uma geração para a próxima. A fala é aprendida pela imitação inteligente do adulto. Cada palavra deve ser observada em vários contextos, até que seu significado seja mais ou menos compreendido; deve então ser lido em livros e usado por algum tempo na fala e na escrita, mirando-se no exemplo dos adultos, a fim de que os tons mais importantes do significado sejam dominados. **Esta formação pode ser complementada por preceito, mas a prática imitativa deve permanecer sempre seu princípio fundamental. O mesmo é verdade para o processo pelo qual os elementos das artes mais elevadas são assimilados. Música, pintura, etc., só podem ser aprendidas com a prática, orientada por imitação inteligente. E isso se aplica também para a arte da descoberta científica** (POLANYI, 1946, p. 28-29).

Além disso, as *regras de arte* que se verificam no processo de aprendizagem são igualmente imprescindíveis para a realização plena de uma tradição. O conhecimento consolidado de uma comunidade só é mantido através da *arte* ou *perspicácia* do agente que, de modo criativo, dá sentido a esta tradição em suas próprias interpretações e reinterpretações do conhecimento aprendido. Nenhuma tradição se mantém estática. Nenhum conhecimento é empregado sempre da mesma maneira. O cientista que, através de um *insight* em sua pesquisa, descobre algo novo, não o faz seguindo alguma regra ou comportamento preordenado. Seu talento, sua *arte*, ao ser posto em prática, desafia o conhecimento usual, promovendo em sua consciência uma reflexão crítica acerca dos ensinamentos que lhe foram transmitidos. Segundo

Polanyi:

> Em outras palavras, é logicamente impossível para uma tradição operar sem a adição de julgamentos interpretativos totalmente originais em cada estágio da transmissão. Para ilustrar isso, vejamos os campos do direito, religião, política, costumes, etc. Há, naturalmente, inúmeras decisões rotineiras que independem de qualquer inovação significativa. Mas há casos limítrofes que sempre exigem uma margem de apreciação, e até mesmo em casos de rotina frequentemente haverá um elemento de discriminação sofisticada, envolvida onde um julgamento pessoal é indispensável. Os grandes princípios da ciência, direito, religião, etc., são continuamente remoldados por decisões tomadas em casos limítrofes e pelo toque de julgamentos pessoais que entram em quase toda decisão. E além desta revolução silenciosa constantemente remodelando a nossa herança, há as inovações massivas introduzidas pelos grandes pioneiros. **No entanto, cada uma dessas ações constitui uma parte essencial do processo de realização de uma tradição** (POLANYI, 1946, p. 44-45).

Em *Rationalism in Politics*, Oakeshott também ressalta a importância do conhecimento *tradicional*. A atividade política, a exemplo de qualquer outra atividade, envolve as duas formas de conhecimento. A diplomacia, as atividades militares, os debates eleitorais são exemplos que demonstram que o universo político envolve mais do que apenas o conhecimento formal de leis, costumes ou códigos de etiqueta. Neste sentido, Oakeshott combate a assertiva de que o conhecimento prático não seja uma espécie de conhecimento válido:

> Agora, como eu entendo, o Racionalismo é a afirmação de que o que chamei de conhecimento prático não é um conhecimento em si, a afirmação de que, propriamente falando, não há outro conhecimento que não seja conhecimento técnico. O Racionalista sustenta que o único elemento de *conhecimento* envolvido em qualquer atividade humana é conhecimento técnico, e o que chamei de conhecimento prático é realmente apenas uma espécie de ignorância que seria insignificante se não fosse absolutamente prejudicial. A soberania da 'razão', para o Racionalista, significa a 'soberania da técnica' (OAKESHOTT, 1991, p. 15-16).

O fato de o conhecimento técnico ser suscetível a uma formulação precisa lhe concede um status de *aparência de certeza* (*appearance of certainty*). É possível estar correto sobre uma técnica – é possível saber, por exemplo, que o código de trânsito estabelece o limite de velocidade nas estradas em oitenta quilômetros por hora e não cento e vinte. Por outro lado, uma característica do conhecimento prático é justamente não ser suscetível a uma formulação deste tipo. E isto lhe dá a aparência de *imprecisão*, de *incerteza*, de ser apenas uma matéria de *opinião* e não de verdade (OAKESHOTT, 1991).

O racionalismo caracteriza-se pela obsessão com a certeza. Nesta linha, o único tipo de conhecimento *certo* é aquele que é provido pela técnica. É o único conhecimento que possui, em tese, início e fim premeditados, e que depende apenas dele próprio para ser aplicado. Uma ideologia, por exemplo, é superior a um modo tradicional de comportamento porque parece ser autossuficiente e livre de qualquer dúvida ou erro.

Contudo, para Oakeshott, o julgamento de que a aparência de certeza faz da técnica algum tipo de conhecimento superior é pura ilusão. O conhecimento técnico não é autossuficiente porque nenhum conhecimento é autossuficiente. As lições advindas da obra de Michael Polanyi ajudam a esclarecer este ponto. Aprender uma técnica nunca inicia do nada, de um estágio de ignorância pura para o estágio de sabedoria. Não há ponto de partida definitivo e nem fim premeditado. O conhecimento sempre começa pela reforma de um conhecimento que, de algum modo, o sujeito já possui. "Nada, nem mesmo a técnica mais autossuficiente possível (as regras de um jogo), pode de fato ser transmitida a uma mente vazia; o que é transmitido é alimentado pelo que já está lá. Um homem que conhece as regras de um jogo, nesta conta, rapidamente aprende as regras de outro jogo; e um homem completamente desfamiliarizado com 'regras' de qualquer tipo (se é que se pode imaginar), seria um aluno bem menos promissor" (OAKESHOTT, 1991, p. 17).

O racionalismo, em resumo, caracteriza-se pela soberania da técnica e a negação plena da prática. Em política, a técnica é uma espécie de *razão* ou *fundamento* a ser apreendido e posteriormente aplicado na conduta e nos costumes. "Políticas racionalistas,

como disse, são as políticas de necessidade experimentada, onde a necessidade experimentada não é qualificada por um genuíno e concreto conhecimento dos interesses permanentes e a direção do movimento da sociedade, mas interpretada pela 'razão' e satisfeita de acordo com a técnica de uma ideologia: são as políticas de um livro" (OAKESHOTT, 1991, p. 27).

A palavra *ideologia* é usada, por Oakeshott, como um sinônimo de *doutrina política*. Uma doutrina é um princípio abstrato ou uma série de princípios abstratos que, de forma premeditada, objetivam organizar os arranjos de uma sociedade a partir de determinados fins. A organização da sociedade, nestes termos, é um dado estabelecido *a priori* e a ação política consiste em conformar a realidade a partir daquilo que uma doutrina previamente esclareceu.

Oakeshott opõe à ideologia política sua preferência pela *tradição*, também chamada de modos ou hábitos de comportamento. Por outro lado, a postura do autor não revela um defeito inexorável, visto que toda tradição, na verdade, é uma forma de *ideologia*?

Sem dúvida esta é uma pergunta intrigante. Para respondê-la, dentro do contexto oakeshotteano, é necessário em primeiro lugar evitar o *petitio principi*, ou seja, o argumento que busca demonstrar uma tese partindo do princípio de que ela já é válida. Se for suposto, por exemplo, que toda a ação humana é ideológica, visto que toda ação é condicionada por relações de poder (como a superestrutura econômica e a posição do indivíduo na relação de produção), não seria difícil aceitar que a tradição é uma espécie de ideologia *mascarada*.

Contudo, Oakeshott não considera que toda a forma de compreensão política seja, necessariamente, *ideológica*. A diferença entre uma assertiva ideológica e uma tradicional reside no fato de que a primeira é resultado de uma reflexão enquanto a segunda não é passível de formulação precisa. A diferença, novamente, remonta à distinção entre o conhecimento técnico (passível de formulação) e o conhecimento prático (que é adquirido de maneira irrefletida, por meios não passíveis de estabelecimento prévio). Um modo de comportamento é adquirido apenas pelo seu exercício prático, sujeito a regras de *arte* que não podem ser exaustiva-

mente descritas por uma reflexão prévia.

"A conversão de hábitos de comportamento, adaptáveis e nunca completamente fixos ou acabados, em comparação com sistemas rígidos de ideias abstratas, não é, obviamente, novo" (OAKESHOTT, 1991, p. 26). De acordo com Oakeshott, a origem do racionalismo político encontra-se em autores como Descartes e Bacon, mas as circunstâncias que permitiram que esta moda intelectual realmente florescesse foram sendo acumuladas ao longo dos séculos (MILLER, 2001).

Por outro lado, a reação ao racionalismo não passou despercebida. É comum encontrar em intelectuais como Adam Smith, David Hume, Edmund Burke, entre tantos outros, passagens que questionam a autoridade do pensamento abstrato em detrimento do costume, ou mesmo que ironizam o papel do filósofo, ressaltando a sabedoria do homem comum. Uma passagem de *Reflections on the Revolution in France*, de Burke, resume com acuidade o ponto que se quer argumentar:

> Tenho ouvido os franceses dizerem algumas vezes que o que está ocorrendo na França é inspirado no exemplo da Inglaterra. Peço permissão para afirmar que quase nada daquilo que é feito entre os senhores se originou da prática ou das opiniões gerais do povo inglês, tanto em seus modos como em seu espírito (...). O povo da Inglaterra recusou, em épocas remotas, mudar sua lei para adaptá-la à infalibilidade dos papas; ele não a transformará agora em favor de uma fé cega nos **dogmas dos filósofos** – resistiu aos primeiros ainda que eles estivessem armados do anátema e da cruzada, resistirá aos últimos mesmo que eles ajam com a ajuda de libelos e da guilhotina (BURKE, 1999, p. 183-184).

Em tom irônico, o *dogma dos filósofos* é uma crítica deliberada ao iluminismo francês. Mas, no fundo, o que Burke quer atacar não é somente a França revolucionária, mas sim a autoridade da razão. O parágrafo citado acima revela um elogio ao *espírito do povo inglês*, traduzido pela importância do costume, a ponderação e a desconfiança quanto a mudanças radicais. A crítica, pois, não se dirige contra a filosofia em si, mas no uso da filosofia como uma espécie de oráculo para as decisões políticas. Para Burke, como também para Oakeshott, não se pode compreender

os arranjos de uma sociedade a partir de uma razão abstrata. A estrutura de uma sociedade não existe em função de uma opção necessariamente *refletida* ou *conscientemente* estabelecida pelos filósofos ou por qualquer outra pessoa. É neste aspecto que ambos criticam veementemente o racionalismo.

Conclusão

O conceito primordial de Michael Polanyi que influenciou *Rationalism in Politics* é o de *regras de arte* e não exatamente o de *conhecimento tácito*. Neste sentido, a dissertação de Catherine Paulet-Winston (2011), embora não analise o livro *Science, Faith and Society*, compara as noções de prática e de conhecimento tácito, concluindo corretamente que Oakeshott e Polanyi justificam uma revisão dos pressupostos positivistas que marcam as principais abordagens metodológicas das ciências sociais.

O livro *Science, Faith and Society*, portanto, contribuiu de forma marcante na reflexão de Michael Oakeshott. A noção polanyiana de *regras de arte*, sem dúvida, ajuda a ilustrar a diferença que Oakeshott estabeleceu entre o conhecimento técnico e conhecimento prático. Um das vantagens da leitura de Polanyi, nesse sentido, é encontrar boas razões para questionar qualquer interpretação mística que porventura possa vir a ser feita do conceito de *prática*. Longe de estar vinculada a qualquer misticismo, a prática é um elemento indissociável a toda forma de aprendizado e utilização do conhecimento disponível dentro das possibilidades de cada agente. Oakeshott captou com acuidade a lição advinda de Michael Polanyi.

Referências

BURKE, Edmund. **Selected Works of Edmund Burke**. Vol. 2. Indianápolis: Liberty Fund, 1999.

FRANCO, Paul. **Michael Oakeshott:** an introduction. New Haven: Yale University Press, 2004.

FULLER, Timothy. Michael Oakeshott, 1901-1990. **The Review of Politics**, n. 71, p. 100-112, 2009.

FULLER, Timothy. The Poetics of the Civil Life. In: JESSE, Norman. **The**

Achievement of Michael Oakeshott. Londres: Duckworth, 1993, p. 67.

FULLER, Timothy. The Poetics of the Civil Life. In: JESSE, Norman. **The Achievement of Michael Oakeshott**. Londres: Duckworth, 1993.

GULICK, Walter B. Polanyi's Scholarly Influence: A Review Article. **Tradition and Discovery:** The Polanyi Society Periodical, vol. 31, n. 1, p. 11-23, 2004.

JOHNSON, Paul. The English Disease, 1945-79. **The Wilson Quarterly**, vol. 11, n. 4, p. 111-122, 1987.

MILLER, Ted H. Oakeshott's Hobbes and the Fear of Political Rationalism. **Political Theory**, vol. 29, n. 6. p. 806-832, dez. 2001, p. 823.

MITCHELL, Mark T. Michael Polanyi and Michael Oakeshott: Common Ground, Uncommon Foundations. **Tradition & Discovery:** The Polanyi Society Periodical, vol. XXVIII, n. 2, p. 23-34, 2001-2002.

OAKESHOTT, Michael. **Experience and its Modes**. 7 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

OAKESHOTT, Michael. **On Human Conduct**. Oxford: Oxford University Press, 1975.

OAKESHOTT, Michael. **Rationalism in Politics and other essays**. 2 ed. Indianápolis: Liberty Fund, 1991.

PAREKH, Bhikhu. Algunas reflexiones sobre la filosofía política occidental. **La Política:** Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad, n. 1, p. 5-22, 1996.

PAREKH, Bhikhu. The Political Philosophy of Michael Oakeshott. **British Journal of Political Science**, vol. 9, n. 4, p. 481-506, out. 1979.

PAULET-WINTON, Catherine. **The Significance of Michael Oakeshott and Michael Polanyi to the Study of Politics**, 2011. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Administração Pública) – Departamento de Ciência Política, Concordia University, Montreal, 2011.

POLANYI, Michael. **Science, Faith and Society**. 1 ed. Londres: Oxford University Press, 1946.

ISBN 978-85-7566-466-7
9 788575 664667